This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

2044 061 730 016

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Italy

MANUALE

DELLA

PROCEDURA CIVILE

DI

LODOVICO MORTARA

Professore onorario delle Università di Napoli e di Pisa
Primo Presidente della Corte d'appello di Ancona

Quinta edizione diligentemente riveduta e migliorata

VOLUME PRIMO

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
28 — Corso Raffaello — 28
MILANO — ROMA — NAPOLI.
1906

MANUALE

DELLA

PROCEDURA CIVILE

di provvidenze: *a)* rimozione di ogni ostacolo allo spontaneo svolgimento ed all'attuazione del diritto; *b)* istituzione di mezzi che valgano a salvaguardarlo e ripristinarlo in qualunque evento di violazione.

2. A chi spetta di por mano alle menzionate provvidenze? Manifestamente esse sono tra i còmpiti del potere sovrano dello stato. La protezione del diritto è infatti uno dei supremi interessi generali e collettivi, a cui prestano guarentigia gli organi della sovranità costituita nel seno della società civile. E veramente, se il diritto ha per condizione di nascita la consociazione degli uomini, a sua volta la salvaguardia di esso nelle relazioni fra i cittadini è elemento indispensabile perchè si mantenga e prosperi la civile consociazione.

3. Per intendere bene questo accenno, bisogna aver chiara in mente la distinzione fra il concetto della sovranità nel moderno reggimento rappresentativo fondato sul criterio della uguaglianza giuridica di tutti i cittadini e quello che ne fu professato in altri tempi e nel vigore di ordinamenti politici diversi.

Appartenesse ad un uomo, o ad una famiglia, o ad una casta, il potere sovrano non fu altrimenti concepito, per moltissimi secoli, se non come un privilegio personale di chi ne era investito; e le varie funzioni proprie della sovranità vennero apprezzate per conseguenza siccome attributi a codesto privilegio inerenti. Uno di tali attributi era appunto la giustizia; laonde, sia che il potere di amministrarla si facesse derivare da consecrazione divina, o fosse privilegio della casta sacerdotale, od inerente al dominio territoriale, sempre in sostanza l'analisi severa delle condizioni della giustizia nelle varie epoche passate, ci conduce a trovarne l'ultimo fondamento nel principio dell'autorità del sovrano o della casta dominatrice. Negli stati retti a monarchia assoluta, il sovrano è il supremo dispensatore della giustizia; o, per dirlo più esattamente, *egli è la giustizia*. Giudice massimo ed onnipotente legislatore ad un tempo, egli delega ai magistrati che nomina una parte della sua universale podestà; e per quanto sia ampia e incondizionata la delegazione, alla finfine essa non opera se non restando

subordinata al di lui talento. Ogni controversia, se pur decisa in conformità alle leggi, alla ragione, all'equità, può sempre dare occasione ad un reclamo presso il principe, il quale, superiore alle leggi, superiore a tutti i magistrati, è arbitro di risolverla in quel modo che gli piace.

Questo fu il carattere principale anche di ogni sistema giudiziario medievale, non escluso quello della chiesa romana. A siffatto ordinamento, aperto da ogni parte alla corruzione, non tardarono ad innestarsi due nuovi elementi pervertitori: la venalità della giustizia ed il mercimonio delle cariche giudiziarie. Onde i gradi di giurisdizione si moltiplicarono all'infinito; qualsivoglia lite la più semplice ebbe durata interminabile e richiese enormi dispendi, mentre quelle di qualche importanza si trasmettevano da generazione in generazione, stremando i più cospicui patrimoni.

4. Quando nel mondo si fece strada il principio della uguaglianza giuridica degli uomini, si intravide, prima ancora di comprenderlo con esattezza, che la funzione della giustizia doveva essere stabilita sopra una nuova base. Uno dei primissimi atti della rivoluzione francese fu precisamente la demolizione di tutto l'antico edificio giurisdizionale. La podestà sovrana non si considerò più scesa dal cielo sul capo di un uomo, od in lui radicata mercè la conquista del territorio nazionale. Essa divenne un istituto giuridico, e quindi essenzialmente un'astrazione; istituto organizzato e funzionante mediante il concorso ed il riconoscimento dei cittadini, acciò che il governo delle mutue relazioni e dei collettivi interessi riceva quella direzione e quei freni che sono necessari per la coesistenza civile, da una autorità posta al disopra di ogni arbitrio individuale. L'amministrazione della giustizia è uno degli scopi ed insieme una delle ragioni di essere precipue della sovranità nello stato libero (sebbene in senso più ampio ed elevato potrebbesi dire che la giustizia è il solo suo scopo e la sola sua ragione d'essere); l'esercizio di essa subì pertanto la più radicale e felice metamorfosi. Il cittadino non è costretto a salire penosamente di grado in grado l'infinita scala delle gerarchie giurisdizionali, fino al sommo imperante, per implorare da lui la parola definitiva che debba

insindacabilmente essere ritenuta l'espressione della giustizia; ma lo stato ha il dovere di organizzare un personale giudiziario circondato delle più alte garanzie di senno, d'imparzialità, d'indipendenza, il quale agisca con la sola guida della legge alla ricerca obbiettiva della verità. In conseguenza sono stabilite salde e chiare discipline e norme certe di procedura, per virtù delle quali a tutti i cittadini indistintamente è dato di accedere con uguale facilità al magistrato; a ciascun litigante sono offerte e garantite, nello sviluppo e nella dimostrazione della propria difesa, una libertà ed una sicurezza perfettamente eguali a quelle date al suo avversario; ed i mezzi di reclamo e i gradi di giurisdizione sono determinati con savia misura; per guisa che il discoprimento della verità sia la finalità unica, e nel tempo medesimo il risultato immancabile, della lotta che si impegna al cospetto del giudice. Tutto ciò, almeno, in astratto; in concreto, sarebbe soverchio ottimismo, per non dire ingenuità, il supporre che basti avere informato la legislazione e la costituzione dell'organismo giudiziario a così puri ed elevati principii, per avere raggiunta la perfezione morale e intellettuale nel funzionamento effettivo della giustizia. Uomini ignoranti o corrotti, od anche solo mediocri o negligenti, possono occupare ora, come occuparono nei tempi antichi, i seggi della giustizia, e fare strazio di questa, o cadere in gravi errori, talvolta pur troppo senza rimedio.

5. Non è malagevole comprendere, per questi brevi tratti, come alla scienza del diritto giudiziario civile siano stati dischiusi nuovi e interessantissimi orizzonti. Nè può sembrare strano pertanto come le siano stati imposti problemi assai gravi ed urgenti, la cui perfetta soluzione non poteva essere raggiunta d'un solo tratto. Fra essi noi segnaliamo in particolare quello dell'*ordinamento giudiziario* e quello del *procedimento civile;* dell'ultimo dobbiamo qui occuparci con riguardo allo stato attuale della legislazione italiana (1).

---

(1) È mestieri appena di ricordare come, per analogia di circostanze e di motivi, non sia minore la gravità dei problemi del *diritto giudiziario penale,* che formano materia di vive discussioni fra i cultori di quel ramo dello scibile giuridico.

Le cose dette mettono altresì in evidenza la natura delle questioni che si presenteranno al nostro studio. Il giudizio civile è una vera battaglia, nella quale è necessario trionfi non la forza o l'astuzia, ma la ragione. Ora non è bisogno di molta esperienza delle cose umane per sapere come questo intento, così semplice, lodevole e desiderabile, non sia sempre il più facile a raggiungere; anzi, non di rado esso sfugge con persistente ostinazione quanto più ansiosa ne è la ricerca.

CAPO II.

Notizie intorno al codice di procedura civile.

6. Il codice di procedura civile italiano fu promulgato nel 24 giugno 1865 ed entrò in vigore col 1° gennaio 1866. Alle provincie venete e di Mantova, che furono annesse al territorio nazionale nell'ottobre 1866, esso fu esteso con r. d. del 26 marzo 1871 e vi ebbe vigore dal 1° settembre dello stesso anno. A Roma e nel circostante territorio, unito all' Italia col plebiscito del 2 ottobre 1870, fu promulgato il 27 novembre dello stesso anno, ed ebbe esecuzione dal 1° aprile 1871.

7. Precedentemente, i vari governi in cui l'Italia era stata divisa avevano avuto ciascheduno una propria legislazione processuale. In Piemonte eransi da ultimo susseguiti a breve distanza i due codici del 1854 e del 1859 (1); in Lombardia e nel Veneto, sino dall'anno 1815 imperava il regolamento generale giudiziario austriaco; nel ducato di Modena, il codice estense del 1852; in quello di Parma, il codice di Maria Luigia del 6 giugno 1820; nel granducato di Toscana, il codice del 1814, e un altro particolare nel già ducato di Lucca; le provincie pontificie erano rette dal regolamento gregoriano del 1834, contenente colle leggi di procedura una parte delle civili; nel regno delle Due Sicilie aveva vigore il codice del 1819, la parte terza del

(1) Il codice sardo del 1859 fu esteso nel 1861 alle Marche ed all'Umbria e per la parte contenziosa anche alle provincie modenesi e parmensi.

quale era costituita dalle *leggi della procedura nei giudizi civili*. Il regolamento austriaco e il gregoriano, ed in parte i codici di Modena e di Toscana, ebbero caratteri proprii e particolari. Gli altri, quale più, quale meno, e quale completamente, furono calcati sul modello del codice di procedura civile francese. Il nostro legislatore prese per norma il codice sardo del 1859, di cui in generale adottò l'economia e le partizioni, correggendone i maggiori difetti e migliorandone varie disposizioni secondo il dettame della esperienza, giovandosi altresì a quest'uopo dei suggerimenti che porgevano le altre legislazioni processuali cui la nuova doveva sostituirsi.

8. Quantunque redatto parecchi anni dopo la costituzione del regno d'Italia, il codice di procedura non fu elaborato coll'ordinario metodo di discussione e votazione in parlamento. Questa sorte esso ebbe comune con tutti i codici venuti in luce in Italia, compresi quello di commercio del 1882 e quello penale del 1889. Pare comprovato dall'esperienza che le numerose assemblee legislative non abbiano nè competenza nè possibilità di attendere proficuamente a siffatti lavori, cui esse perciò sono costrette a dare il semplice contributo di concetti fondamentali deliberati preliminarmente per norma dei compilatori, e talvolta di revisioni generali posteriori alla redazione. La storia della sua preparazione è la seguente. Nel 1863, essendo ministro di grazia e giustizia il Pisanelli, ed avvisando il governo che a coronare l'unità nazionale fosse urgente la unificazione legislativa, egli presentava nel 15 luglio al senato il progetto del codice civile e nel 26 novembre quello del primo libro del codice di procedura, accompagnato da una relazione tuttodì molto apprezzata dagli interpreti. In seno ad entrambe le camere ebbero luogo memorabili discussioni; esse furono chiuse coll'approvazione della legge 2 aprile 1865, la quale, nel dare facoltà al governo di pubblicare il codice civile, quello di commercio, quello di procedura civile, quello della marina mercantile, ed alcune altre leggi complementari, compresa quella sull'ordinamento giudiziario, lo autorizzava insieme a provvedere alla migliore redazione dei detti codici in conformità ai principii di massima dal parlamento adottati.

Fu quindi nominata, per decreto dello stesso 2 aprile 1865, una commissione di ragguardevoli giuristi, costituita di quarantasei commissari, assistiti da dieci segretari, aumentati poi a quindici con altro decreto 6 aprile. La commissione si divise in cinque commissioni speciali. Quella pel codice di procedura fu composta dei commissari Arnulfo, Astengo, Castelli Edoardo, Castelli Luigi, Crispi, Galvagno, Piroli, Restelli, Romano, Viscardi, e dei segretari Gerra, Realis e Cattaneo. Compiutone il lavoro, il testo del codice venne sottoposto alla reale sanzione dal ministro Vacca nel 25 giugno 1865, e con decreto del medesimo giorno fu pubblicato.

9. Varie modificazioni e aggiunte al codice di procedura, alcune delle quali molto rilevanti, sono state posteriormente arrecate in principalità dagli atti legislativi e regolamentari qui appresso menzionati, e da altri minori; intorno a questi ed a quelli esporremo opportuni cenni analitici, man mano se ne presenterà il bisogno:

legge 28 novembre 1875, sulle attribuzioni del pubblico ministero nelle cause civili;

legge 12 dicembre 1875, per l'istituzione della corte di cassazione in Roma, e successiva legge 6 dicembre 1888 che unificò la corte di cassazione penale;

decreto 16 gennaio 1876, per l'istituzione delle avvocature erariali;

legge 30 giugno 1876, sul giuramento;

legge stessa data, sulla pubblicazione degli annunzi legali;

legge 31 marzo 1877, sui conflitti di attribuzioni;

legge 6 dicembre 1877, sull'arresto per debiti;

legge 9 dicembre 1877, sulla testimonianza delle donne;

legge 11 gennaio 1880 e suo regolamento 13 maggio 1880, relativi ad alcune modalità del procedimento innanzi ai pretori;

codice di commercio del 1882, col suo regolamento approvato mediante r. d. 27 dicembre 1882;

legge 25 gennaio 1888, che abolì i tribunali di commercio;

legge sul concordato preventivo e sui piccoli fallimenti, 24 maggio 1903;

leggi sui conciliatori, 16 giugno 1892 e 28 luglio 1895, col regolamento 26 dicembre 1892;

legge sui probi viri, 15 giugno 1893, col regolamento 26 aprile 1894;

legge 24 dicembre 1896, sulle licenze per rilascio di beni immobili;

legge 31 marzo 1901, n. 107, sul procedimento sommario, con le disposizioni per la sua attuazione e il suo coordinamento al codice e ad altre leggi, approvate con regio decreto 31 agosto 1901, n. 413;

legge 7 luglio 1901, sugli onorari degli avvocati e dei procuratori e sul patrocinio avanti le preture, col regolamento 19 dicembre 1901.

10. Il codice medesimo è poi completato mercè le disposizioni legislative seguenti, che avremo pur mestieri di venire più volte ricordando;

ordinamento giudiziario, promulgato con regio decreto 6 dicembre 1865, e successive modificazioni (specialmente con le leggi 23 dicembre 1875, 30 marzo e 8 giugno 1890);

regolamento generale giudiziario, approvato con regio decreto 14 dicembre 1865;

disposizioni sul patrocinio gratuito, r. d. 6 dicembre 1865 e legge 19 luglio 1880;

legge 20 marzo 1865, allegato *E*, sul contenzioso amministrativo;

legge 25 giugno 1865, sulle espropriazioni per utilità pubblica;

legge 8 giugno 1874, sugli avvocati e procuratori, col relativo regolamento approvato mediante r. d. 26 luglio 1874;

leggi sul credito fondiario, testo unico approvato con regio decreto 16 luglio 1905, n. 646, contenente disposizioni le quali interessano la procedura civile per quanto concerne l'esecuzione forzata sui beni immobili;

legge sul debito pubblico 10 luglio 1864 e suo regolamento 8 ottobre 1870, per la espropriazione di rendite pubbliche;

legge sulle imposte dirette, testo unico approvato con r. d. 29 giugno 1902, nella parte concernente le esecuzioni fiscali mobiliari ed immobiliari, e suo regolamento 10 luglio 1902, modificato con r. d. 31 luglio 1902;

leggi sulla giustizia amministrativa (cioè quella sul consiglio di stato 2 giugno 1889 e quella sulla giustizia amministrativa 1° maggio 1890);

tariffa degli atti giudiziari in materia civile, con le varie modificazioni (principalmente quelle stabilite con le leggi 29 giugno 1882, 7 luglio 1901, 21 dicembre 1902);

legge consolare 28 gennaio 1866 e suo regolamento 7 giugno stesso anno;

ordinamento giudiziario della colonia Eritrea, approvato con r. d. 9 febbraio 1902, e regolamento 14 ottobre stesso anno;

legge 21 dicembre 1902 sugli uffiziali giudiziari e regolamento 28 giugno 1903;

legge 2 luglio 1903 sulle cancellerie e segreterie giudiziarie e regolamento 17 luglio 1903.

11. L'economia del nostro codice è, a un dipresso, conforme a quella degli altri a tipo francese che lo hanno preceduto. Esso comincia con un *titolo preliminare* composto di 34 articoli e diviso in due capi. Nel primo, che consta di sette articoli, si contengono le disposizioni relative alla *conciliazione*, ossia al modo nel quale, presentandosi od essendo prevedibile una controversia, può esserne tentato il componimento con l'interposizione autorevole del giudice conciliatore. Il secondo capo ha per oggetto, giusta la sua intestazione, il *compromesso*, o, più esattamente, il giudizio arbitramentale, quello cioè che, per concorde determinazione dei contendenti, è deferito a giudici privati di loro libera scelta anzichè ai magistrati ordinari competenti.

Le due materie della conciliazione e del compromesso non hanno veramente tra loro molta affinità; poichè, se la prima tende a prevenire od a sopire litigi, il secondo non ha per effetto che di mutare la qualità del giudice, pur lasciando intatta la sussistenza della lite. Onde può dubitarsi se non sia stato meglio consigliato l'ordinamento della materia nel codice francese e in altri che rimandarono all'ultimo le discipline relative al *compromesso*, come quelle che riguardano una forma di giudizio eccezionale. Eguale metodo noi seguiremo, in questo libro, ritenendolo più adatto all'esposizione didascalica. Quanto alla *conciliazione* diventa perciò naturale farne discorso dove si tratta delle

altre attribuzioni del giudice conciliatore, il quale, come vedremo, oltre la funzione di universale paciere, possiede pure giurisdizione piena per decidere liti di minimo valore.

Al *titolo preliminare* fanno seguito tre *libri*, il primo dei quali, sotto la rubrica: *Dell'ordine e della forma dei giudizi*, contiene tutte le regole concernenti il modo di procedere innanzi le diverse autorità giudiziarie, per spiegare e giustificare una domanda e per difendersi da essa, per fornire le prove delle rispettive azioni ed eccezioni, per la pronuncia delle sentenze, per l'esercizio dei reclami contro le medesime permessi a norma dei casi. Compiuto il giudizio, ottenuta la sentenza, esauriti i mezzi d'impugnazione e divenuta essa definitiva, l'obbligazione che vi è dichiarata potrebbe rimanere lettera morta se non fossero dati mezzi per costringere il debitore ad adempierla, portando all'uopo la mano sovra i di lui beni. Indi la necessità di regolare l'*esecuzione forzata* sovra i beni, ed in casi ora affatto eccezionali anche contro la persona; del che si occupa il libro secondo. Siccome poi l'autorità giudiziaria ha non poche attribuzioni, le quali, od escono dal campo del contenzioso ordinario (giurisdizione volontaria), ovvero, pur avendo col medesimo sostanziale attinenza, si svolgono per l'indole e per lo scopo loro mediante atti che si allontanano dalle forme comuni del procedimento, così il legislatore ha trovato opportuno di raccogliere nel terzo libro, intitolato: *Dei vari procedimenti speciali*, tutte codeste materie, le quali, per altro, riescono necessariamente fra loro abbastanza disparate, e presentano ragioni di connessione piuttosto per gruppi che per il contenuto complessivo del libro.

Ogni singolo libro si divide poi in titoli, capi, sezioni e paragrafi, come esige la materia. In totale gli articoli del codice sono 950.

Nella nostra trattazione, salvo quanto fu detto per gli argomenti cui è dedicato il titolo preliminare, seguiremo in generale l'ordine del codice, discostandocene tuttavia alquanto dove ciò sia consigliato da mutamenti avvenuti nella legislazione o dall'intento di dare alla materia una distribuzione logica e sistematica, meglio adatta allo scopo propedeutico in vista del quale la esponiamo.

CAPO III.

Azioni ed eccezioni. — I fattori del giudizio civile e la giurisdizione.

12. La difesa dei diritti subbiettivi, contro violazioni di qualsivoglia forma, abbiamo detto (n. 3, 4) essere uffizio della sovranità. A questa nozione seguono due corollari, la cui esattezza si manifesta intuitivamente:

a) la persona, fisica o giuridica, che ha sofferto, od opina, o afferma di aver sofferto, la offesa di alcun suo diritto, per fatto positivo o negativo attribuito ad altra persona, ha facoltà di domandare agli organi competenti del potere pubblico che costringano l'offensore, volontario o involontario, a prestarne la reintegrazione o riparazione;

b) la persona alla quale viene imputato da altra un qualunque fatto violatore del proprio diritto, ha diritto a sua volta che nessun mezzo coercitivo sia adoperato per costringerla alla riparazione o reintegrazione, se non previo intervento e ordine degli organi di potere pubblico ai quali spetta la funzione giurisdizionale.

Pertanto, l'azione *(actio)*, il diritto cioè di provocare l'esercizio dell'autorità giurisdizionale dello stato contro le violazioni che stimiamo patite da un nostro diritto subbiettivo, presenta, in un senso generale ed ampio, il carattere esterno di un rapporto di diritto pubblico (rapporto processuale) che si svolge fra tre soggetti: la persona che si duole d'una menomazione delle proprie facoltà giuridiche; la persona contro cui siffatta doglianza è formolata; l'autorità pubblica (magistrato), rappresentante lo stato, a cui appartiene di pronunziare e provvedere.

Appena è uopo far considerare che l'affermazione della offesa patita da un diritto può corrispondere o non corrispondere a verità (onde i nomi di *istanza*, *pretesa*, con cui si suole designarla); essendo possibile che quel diritto di cui l'offesa è lamentata non esista affatto; ovvero, che esista ma non sia stato effettivamente offeso. Il risultato finale della azione potrà dunque essere un provvedimento del magistrato

che pronunzi l'accoglimento della istanza, ovvero la sua reiezione; che sancisca, cioè, il diritto dell'attore, offeso dal fatto del convenuto anteriore al giudizio, oppure il diritto del convenuto, offeso dal fatto stesso della indebita pretesa proposta contro di lui dall'attore.

Elementi obbiettivi dell'azione, considerata, come ora dicemmo, quale rapporto di diritto pubblico, sono: la *domanda giudiziale,* o *pretesa dell'attore*, la *difesa* contro di questa, o *pretesa del convenuto,* la *sentenza* e gli altri atti della funzione giurisdizionale necessari al conseguimento dei fini che a questa sono proprii. L'azione, in senso lato, è adunque tutto il giudizio; e considerata rispetto a colui che se ne fa iniziatore, non presuppone in lui l'appartenenza effettiva ed inoppugnabile di un diritto, da altri offeso, ma bensì semplicemente l'opinione manifestata di possedere il diritto, quella di averne patito offesa, e la volontà di ottenerne riparazione.

Il nome di *azione* si suole usare anche in un senso più ristretto, per indicare semplicemente la facoltà di proporre la domanda giudiziale, cioè il diritto pubblico subbiettivo dell'attore verso l'organo di giurisdizione; mentre il nome di eccezione è applicato a dinotare la facoltà di difendersi contro tale domanda, vale a dire l'analogo diritto del convenuto, essendo scomparse dal diritto processuale odierno le antiquate distinzioni e classificazioni dei vari mezzi di tutela delle ragioni del convenuto, che non servivano se non a rendere più lungo e irto di formalità insidiose lo sviluppo del processo civile. Nel suo aspetto ristretto, si adatta bene al concetto dell'azione la definizione del diritto romano (L. 51, Dig., 44, 7; pr. Inst., 4, 6): *ius persequendi iudicio quod sibi debetur.* Tale definizione esattamente considera il diritto di azione come una entità giuridica distinta dal diritto che della azione forma oggetto; poichè, lo ripetiamo, ben può darsi che non esista il *quod sibi debetur*, ma si abbia soltanto l'opinione o la pretesa della sua esistenza; nondimeno, essendovi in questa opinione o pretesa un motivo generatore di contrasto tra le volontà e le attività di due soggetti giuridici, ond'è determinata l'ingerenza dell'organo sovrano di giurisdizione allo scopo di dirimerlo, lo *ius persequendi iudicio* vi trova una base sufficiente.

La definizione classica ora rammentata, relativa al significato ristretto dell'azione, è più corretta di altre, faticosamente meditate da giureconsulti moderni, anche di molta autorità; ne sia esempio quella che considera l'azione come « l'aspetto particolare che assume un diritto in conseguenza di una lesione » (Savigny); qui ci sembra che si celi inavvertito un equivoco, in quanto vi sta implicito il pensiero che l'esercizio dell'azione si fondi indefettibilmente sopra l'esistenza reale di un diritto e sopra il fatto certo della sua violazione. D'altronde, partendo da questo concetto, non sarebbe agevole spiegare la esistenza di diritti sforniti di azione, se questa non è nulla di distinto dal diritto, ma soltanto una sua forma di attività, una sua fase di vita, iniziata dal fatto di una lesione.

Certamente chi possiede un diritto ha facoltà legittima (diritto) di ricorrere al magistrato quando ne soffra o reputi soffrirne violazione. E poichè le violazioni possono raffigurarsi molteplici e varie, rispetto ad un medesimo diritto, così alla consueta formola che insegna: *ad ogni diritto corrispondere l'azione che lo difende*, meglio si sostituisce l'altra: *ad ogni violazione di un diritto corrisponde l'azione per farlo reintegrare.*

Nondimeno, è utile insistere sulla distinzione logica fra l'azione e il diritto che ne è oggetto. E in questo proposito sarà opportuno riflettere che sebbene, in astratto, uffizio della giurisdizione apparisca quello di applicare la legge e quindi, in modo esclusivo, di *riconoscere diritti preesistenti* alla domanda giudiziale, tuttavia questo non sia il reale e costante risultato del suo funzionamento. Se basta la pretensione di un diritto per avere facoltà di provocare la funzione del magistrato, di leggieri si comprende come possa accadere che la sentenza proclami e riconosca un diritto che prima in verità non esisteva; mentre non è da escludere il dubbio che talvolta per difetto di prove, o per altre cagioni, un diritto vero ed indiscutibile sia manomesso o soppresso. Per analoghe ragioni, e per altre, può avvenire che a un diritto sia conferita dalla sentenza del giudice una sfera più ampia o più angusta di quella che gli spetterebbe. Per quanto una necessità sociale indeclinabile abbia sugge-

rito di presumere conformi al diritto obbiettivo le decisioni dei magistrati (istituto della regiudicata), non per questo l'analisi dei fatti sociali può lasciare nell'ombra la grande differenza che passa tra il possesso effettivo di un diritto e la semplice facoltà di spiegare una domanda giudiziale.

Aggiungasi, infine, che nella fase del procedimento esecutivo la formazione di nuovi rapporti giuridici, mediante lo sviluppo dell'azione e per l'opera della funzione giurisdizionale, è conseguenza necessaria dello scopo medesimo della procedura; per guisa che un proprietario cessa di essere tale, e altri subentra in siffatta qualità prima non posseduta; sciolgonsi e modificansi relazioni di debito e credito, diritti reali, ecc., come sarà chiarito a luogo opportuno trattando delle espropriazioni.

Tutte queste considerazioni persuadono che l'azione giudiziaria civile, nel senso più lato o in quello più ristretto della parola, non è il prodotto necessario di un diritto subbiettivo preesistente, ma bensì del contrasto che in ordine alla esistenza o alla violazione di un diritto, o a questi due punti insieme, nasca fra le opinioni e le volontà di due persone soggette all'autorità dello stato; contrasto che costituisce, o può costituire, un turbamento nell'ordine giuridico privato, ad eliminare il quale, e a tutelare la pacifica convivenza civile, è diretto l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Le idee qui sopra esposte vanno, in parte, contro una teorica dominante secondo la quale la sentenza *non crea ma dichiara il diritto.* Non è male abbandonare qualche volta le formole consacrate dall'uso e dalla tradizione, per rendere alla verità il migliore degli omaggi, che è quello di acquistarne la più esatta conoscenza. Vero è che la ragione sociale del funzionamento della giustizia è il ripristinamento dell'ordine giuridico, onde ne è presupposto logico la esistenza dei diritti subbiettivi da essa riconosciuti. Ma il meccanismo tutto umano della funzione giurisdizionale, impedisce che risponda sempre alla realtà la formola tradizionale ora rammentata. Ad essa, che è troppo ampia ed assoluta, e perciò inesatta, si sostituirà utilmente la proposizione seguente:

La sentenza non crea dal nulla un diritto subbiettivo; ma conferisce forza ed effetti di diritto subbiettivo ad una

pretesa presentata al magistrato sotto forma di domanda o di eccezione; e fa presumere che questo diritto subbiettivo abbia preesistito all'iniziamento del rapporto processuale, per il tempo che conviene alla sua natura e alle circostanze particolari del fatto.

13. Questa nostra proposizione differisce dalla precedente in quanto non proclama come un fatto reale e obbiettivamente certo la preesistenza del diritto dichiarato dalla sentenza, ma tiene conto della umana possibilità che la pronunzia del magistrato non abbia altro contenuto di vero se non quello che le deriva, per necessità sociale, dalla forza della regiudicata; cioè della possibilità che la sentenza consacri un errore od una ingiustizia; il che non impedisce che debba essere accettata come verità, e quindi che debba, *dopo* ed *in virtù* di essa, ammettersi la preesistenza del diritto, per un tratto di tempo anteriore più o meno lungo, secondo l'oggetto, le circostanze o la qualità del diritto medesimo. Inoltre, mediante la nostra proposizione si elimina il bisogno, sentito da una parte della recente dottrina quasi per reazione alla teorica menzionata dianzi, di proporre il riconoscimento di una categoria di azioni e di sentenze così dette *costitutive*, ossia destinate a produrre un diritto od un rapporto giuridico prima inesistente. In questa nuova teoria vi è un equivoco fondamentale che si intuisce con sufficiente facilità. Invero, non può concepirsi che esistano azioni mediante le quali la funzione giurisdizionale sia chiamata a sanzionare diritti, sulla premessa della affermata inesistenza dei medesimi. Bensì è vero che talvolta la sentenza dichiara un diritto o un rapporto giuridico che non potrebbe essere esercitato od attuato prima della sanzione giudiziaria, ma del quale però devonsi presupporre preesistenti tutte le condizioni di esercizio, senza di che non sarebbe possibile che il giudice lo proclamasse. Così è da dire, ad esempio, delle sentenze che modificano lo stato, la capacità, i rapporti di famiglia, che annullano o revocano un contratto, che sanzionano la promessa di obbligarsi, ecc. Ma quando diciamo che preesistono (o che la sentenza impone di avere come preesistenti) tutte le condizioni per l'esercizio di un diritto, affermiamo precisamente la preesi-

stenza del diritto. Soltanto, a seconda dei casi, vi sono impedimenti di ordine pubblico o di ordine privato che ostacolano la estrinsecazione del diritto subbiettivo nella sua forma e nella sua attività; e la sentenza toglie questi impedimenti, senza variare la propria funzione dichiaratrice, non creatrice, del diritto.

A chiarire il concetto ora enunciato conviene riflettere che il risultato pratico del funzionamento del potere giurisdizionale è sempre quello di eliminare qualche ostacolo che paralizza o impedisce l'attività di un diritto o la realizzazione di un rapporto giuridico. Per lo più l'impedimento è costituito dalla volontà di un soggetto privato, che si estrinsechi in attività contraria o illegale, o che opponga semplicemente la resistenza passiva dell'inerzia. In simili casi, l'autorità della funzione giurisdizionale non ha contenuto o effetto sostanzialmente diversi se provvede all'attuazione di un diritto di credito mediante la condanna al pagamento, se annulla o rende inefficace un rapporto giuridico viziato nella sua formazione, oppure se impone l'osservanza di una obbligazione che il convenuto era irrevocabilmente vincolato a stipulare. In tutte queste ipotesi, diciamo, e in ogni altra consimile, l'autorità dell'organo di giurisdizione sostituisce e insieme costringe la volontà che non agiva in modi legittimi, affinchè sia riconosciuto e attuato il diritto o il rapporto giuridico; nè con ciò essa produce alcun diritto o rapporto di nuova creazione.

Altre volte, l'impedimento al diritto soggettivo deriva dalla necessità che concorra al suo riconoscimento, o meglio al riconoscimento delle condizioni di esistenza e di esercizio per esso prescritte dalla legge, la volontà dello stato. Ciò si verifica per i casi di modificazioni nella capacità, nello stato personale, nei rapporti di famiglia, ecc., poichè la situazione precedente, che il magistrato è chiamato a dichiarare illegale, riconoscendo la legittimità di una nuova diversa (per es. annullamento di matrimonio, divorzio o separazione, disconoscimento di paternità, interdizione o revoca di essa, ecc.), fu costituita col concorso della volontà dello stato che vi diede sanzione per mezzo di suoi organi. In queste ipotesi non è già che lo stato opponga

una volontà contraria alla legge, da dover essere sostituita e coartata mediante la funzione giurisdizionale. Bensì avviene che lo stato, il quale deve concorrere al riconoscimento delle condizioni nuove che legittimano l'esistenza del diritto o rapporto che è oggetto dell'azione, vi concorre per mezzo degli organi di giurisdizione, invece che per mezzo di organi di altro ordine di pubblica podestà, come in astratto non sarebbe impossibile. Ed allorquando l'organo giurisdizionale ha riconosciuto nell'interesse dello stato, vale a dire nell'interesse pubblico, che esistono veramente le condizioni della mutata capacità, del reclamato stato personale, del nuovo rapporto di famiglia, rimane con ciò eliminato l'impedimento all'esercizio del diritto, e la sentenza non fa che dichiarare il diritto stesso, od il rapporto onde il diritto si svolge. L'intervento del ministero pubblico era in passato obbligatorio in questi giudizi, appunto come affermazione dell'interesse diretto dello stato; ma poichè il magistrato è esso medesimo organo dello stato e rappresentante della sovranità, ha potuto sembrare inutile di regola codesto intervento, salvo eccezioni, più o meno giustificate, di cui ci occuperemo innanzi (n. 306).

In nessuno dei casi esaminati, che sono poi i principali segnalati dagli studiosi, noi possiamo ammettere che la funzione giurisdizionale sia provocata e si spieghi a scopo di produrre o costituire un diritto o un rapporto giuridico; e confermiamo così che la preesistenza di questi è sempre il dato, ossia il presupposto, del legittimo esercizio di una azione civile.

Potremmo dimostrare come il medesimo principio si applichi pure all'esercizio dell'azione penale; ciò per altro esigerebbe una esposizione di principi piuttosto ampia, che ci condurrebbe troppo lontano dal nostro argomento (consulta: MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. IV, n. 34 e seg.).

14. Avendo riconosciuto nell'azione gli elementi di un rapporto di diritto pubblico, dovremmo ritenere che per regola questo rapporto non si possa stabilire se non fra due persone appartenenti alla medesima società politica. Infatti, nella storia del diritto giudiziario trovasi per molto

tempo dominante il principio della esclusione normale degli stranieri dall'esercizio attivo e passivo delle azioni, ammettendoveli solo eccezionalmente, e a determinate condizioni. Nel sistema legislativo nostro vigente, una disposizione generale del codice civile (art. 3) riconosce agli stranieri la facoltà di agire innanzi alle autorità giudiziarie nazionali per difendere i propri diritti civili; e altre disposizioni speciali del codice di procedura (art. 105 e 107), che esamineremo più oltre, consentono, in molti casi, l'esercizio di azioni civili contro stranieri. Le due regole non sono fra loro collegate in modo indissolubile; nè la seconda può dirsi conseguenziale alla prima. Ma entrambe furono determinate da necessità della vita sociale; poichè le relazioni giuridiche che in questa si svolgono oltrepassarono progressivamente i confini territoriali dei singoli stati, e fu riconosciuto interesse e beneficio reciproco delle popolazioni civili non lasciarle prive in questi casi della guarentigia giurisdizionale. D'altronde il diritto pubblico di azione ha per ufficio la difesa dei diritti privati personali e patrimoniali, così che l'esercizio di questi sarebbe per lo straniero molto spesso un vantaggio illusorio se non vi fosse accompagnato il conferimento di quello che li sanziona.

15. Se l'azione in senso stretto, è la pretesa della reintegrazione di un diritto del quale lamentasi la violazione, è chiaro che l'esercizio di una azione deve avere perfetta correlazione con la materia del diritto che si dichiara esserne l'oggetto. Da ciò due distinte conseguenze. In primo luogo, un'azione (domanda giudiziale) non è ammissibile all'esame del magistrato se non abbia per suo oggetto un diritto dalle leggi dello stato riconosciuto come tale; dove non è ammesso dalle leggi un diritto materiale, non è concepibile il diritto di azione. Nel diritto moderno, regolato l'ordine giuridico privato mediante le codificazioni e assicurata alle persone sottoposte alle leggi civili la comune guarentigia dell'uguaglianza davanti a queste, non è necessario che la facoltà di far valere e difendere un diritto con appropriate azioni giudiziarie sia in ogni singolo caso dichiarata e conceduta dai pubblici poteri. Al contrario è regola generale che si possa proporre ai magistrati qualunque sorta di

domanda attinente alla conservazione dell'ordine giuridico privato; salvo che, per taluni obbietti determinati, la legge formalmente interdica di elevare pretese giudiziarie, neghi cioè l'intervento della podestà giurisdizionale a risolvere i contrasti formatisi fra soggetti giuridici. Il nostro diritto positivo ne porge esempi coi divieti della ricerca di paternità, della ripetizione di crediti derivanti da gioco o da scommessa, e pochi altri. Non si debbono confondere tali casi con quelli in cui la legge nega un diritto, che potrebbe riconoscere, o ne subordina il riconoscimento a condizioni determinate: come per esempio, allorquando vieta lo scioglimento del matrimonio durante la vita dei coniugi, il riconoscimento dei figli adulterini, la validità di una vendita di immobili non stipulata per atto scritto, ecc. In simili casi, il diritto non può sorgere affatto, o solamente alle condizioni segnate dalla legge: vi è quindi la impossibilità assoluta o relativa di spiegare in relazione ad esso una pretesa giudiziaria. Nelle altre ipotesi prima menzionate, la proibizione della legge non sopprime o nega il diritto; il figlio naturale può essere riconosciuto, il debito di gioco può essere pagato; tali atti sono validi, e i loro effetti sono tutelati dalla legge. Solo la pretesa giudiziaria che tenderebbe ad una sanzione coattiva è impedita per ragioni d'opportunità sociale, dedotte dall'ordine politico o da quello morale. Ciò dimostra una volta di più come l'azione civile e il diritto subbiettivo enunciato quale oggetto della medesima siano due entità giuridiche distinte.

16. La seconda conseguenza è, che la classificazione delle azioni civili, dovendo essere determinata dal loro rispettivo oggetto, procede logicamente parallela a quella dei diritti subbiettivi che per mezzo delle medesime si perseguono. In conformità a questo precetto ci provenne dal diritto romano la *summa divisio* delle azioni, *in rem* e *in personam*. Questa divisione ebbe in antico una grande importanza specialmente a causa delle particolari e rigorose forme processuali attribuite alle *actiones in rem*. Nel diritto giustinianeo già ne aveva una minore. La nostra legislazione distingue pure le azioni *reali* dalle *personali*. Non porge essa le definizioni rispettive: va tuttavia notato

che le azioni mentovate nel codice di procedura come reali sono esclusivamente relative a cose mobili ed immobili. Non possono adunque ai termini della legge nostra, essere classificate fra le azioni reali (nè d'altronde è affatto certo che lo fossero in diritto romano) quelle dirette a far valere i diritti di cittadinanza, di stato, di famiglia, e simili; i quali nel nostro diritto positivo, piuttosto che diritti reali, sono considerati come diritti personali formanti una categoria a parte (diritti personali in senso stretto).

Le azioni, siano personali o reali, si esercitano sempre contro una persona determinata, per un titolo giuridico di obbligazione attuale a carico di essa vantato da chi agisce. La differenza consiste in ciò, che nell'azione personale la designazione del soggetto contro cui essa viene diretta emana dalla qualità medesima del titolo giuridico enunciato come suo fondamento; mentre nell'azione reale questa designazione si trae da elementi estrinseci al titolo suddetto. Dichiarandomi creditore di una somma mutuata a Tizio, ovvero dichiarandomi danneggiato da un fatto accaduto per colpa di Tizio, io predetermino necessariamente il soggetto (Tizio) contro cui eserciterò l'azione *ex contractu* ovvero *ex delicto*. Dichiarandomi invece proprietario di una cosa mobile od immobile, non presuppongo in modo necessario la persona contro cui agirò per rivendicarla; bensì la determinazione sorgerà dal fatto violatore del diritto, ovvero dal possesso attuale della cosa, nel giorno in cui venga iniziata l'azione; la quale perciò appunto dicesi *reale*. In altre parole, la violazione di un diritto reale rimane quasi come un vizio giuridico inerente alla cosa, fino che di esso non sia avvenuta la riparazione in pro del titolare del diritto; tale vizio si comunica a qualunque possessore che diventa responsabile delle conseguenze del fatto illegale, quantunque materialmente vi sia stato estraneo. Simile carattere estendesi in alcuni casi alle azioni personali *ad rem*, quando per essere mutato il possessore della cosa la ripristinazione del diritto non possa ottenersi se non esercitando l'azione contro il possessore attuale (p. es., nel caso di molestia possessoria, di cui parliamo nella nota al n. 168). La differenza si riflette sull'opera del magistrato nella deci-

sione della controversia: poichè mentre nelle azioni personali, dalla riconosciuta esistenza della obbligazione del convenuto, il giudice trae motivo per dichiarare il diritto dell'attore, nelle azioni reali, dalla riconosciuta esistenza del diritto dell'attore egli trae, all'opposto, il motivo per dichiarare l'obbligazione del convenuto.

Il codice di procedura non dà importanza alla divisione di cui parliamo, se non all'effetto di stabilire in base al carattere reale o personale delle azioni talune norme di competenza del giudice, come esporremo più innanzi. È per questa ragione che manca di pregio, di fronte al nostro diritto positivo, la indagine sopra la esistenza di azioni *miste* (cioè partecipanti della duplice qualità di reali e personali), della quale molto si occuparono, con divergenti conclusioni, gli interpreti del diritto romano (1). Le azioni divisorie *(familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum)* furono generalmente dette *miste (mixtam causam obtinere videntur)*. Ma se ciò potè condurre a speciali conseguenze di fronte agli antichi sistemi processuali, non si vede quali conseguenze derivino, nel diritto giudiziario vigente, sia pure dal riconoscere che certe azioni possono avere per oggetto diritti reali e diritti personali insieme. La designazione del giudice, fatta in base alla interpretazione delle norme generali o ad uno specifico e tassativo precetto della legge, conduce in ogni caso a stabilire la competenza per l'azione secondo uno dei suoi caratteri, reale o personale; nè il codice di procedura fa cenno di azioni miste od a queste allude in alcun testo. Qualsivoglia diritto reale, se ben si consideri, è assistito dalle pretese azioni miste; esso invero può essere tutelato con un'azione reale (sopra la cosa) o con una personale (diretta ad ottenere l'*equivalente della cosa* da colui che per cagione di essa fu verso noi originariamente obbligato). Onde fu detto giustamente che nel moderno diritto

(1) Merita di essere rammentato come risalga al processo formolare la classificazione delle azioni miste, che avevano una formola più complessa delle altre (Gaio, IV, § 42; L. 22, § 4, D., 10, 2); ed inoltre come questa denominazione fosse anche riferita alla circostanza che nelle azioni divisorie *uterque actor est* (L. 37, § 1, D., 44, 7; L. 2, § 3, D., 10, 2; L. 2, § 1, D., 10, 3, ecc.).

le azioni miste sono personali o reali « secondo che l'attore intende proporre il diritto personale o reale » (Pescatore).

17. Le azioni si distinguono ancora mediante la considerazione dell'*oggetto* del diritto. Quindi si hanno azioni *mobiliari* ed *immobiliari*, in relazione ai beni *mobili* od *immobili*. Delle obbligazioni, e quindi delle azioni personali, alcune sono tali in senso stretto, altre invece sono relative ad una cosa mobile, ovvero ad un immobile. Chiedere al venditore la consegna della cosa che abbiamo acquistata è certamente esperire un'azione *personale*, ma essa riguarderà una cosa mobile od un immobile, a norma che quella o questo abbia formato oggetto del contratto. La distinzione fra le azioni personali relative a beni mobili e quelle relative a beni immobili serve pure alla legge per l'effetto di segnare i limiti della competenza, come in seguito vedremo. Avvertasi però che quando nel codice si parla di *azioni personali* in genere, devonsi intendere designate tanto quelle personali in senso proprio (lato o ristretto) come quelle personali *ad rem*, siano poi queste relative a beni mobili od immobili.

Quanto alle azioni reali, altre sono mobiliari, altre immobiliari; e tale distinzione non ha bisogno di schiarimenti. Notiamo, e lo vedremo meglio più tardi, che nella distribuzione della competenza le azioni reali su beni mobili sono generalmente parificate alle azioni personali. È un omaggio che il codice di procedura rende al principio del diritto civile « *mobilia sequuntur personam* » (v. n. 165).

18. In relazione poi alla *legge* da cui sono regolati il *procedimento* e la *decisione*, le azioni si dividono in *civili* e *commerciali*. Dovendo parlare nuovamente di questa distinzione (v. n. 153 e seg.) la accenniamo qui soltanto per ragione di metodo. Come sarà dimostrato più innanzi essa ha ormai una importanza molto ristretta; e vi è una forte tendenza scientifica a farla definitivamente sparire mediante la unificazione del diritto privato materiale e processuale; tema troppo esteso ed elevato perchè qui sia possibile esaminarlo. Le azioni commerciali soggiacciono a regole diverse dalle civili quanto alla prescrizione estintiva. In tale proposito una difficoltà notevole si è presentata agli studiosi,

intorno al punto se la prescrizione propria dell'azione commerciale sia applicabile anche dopo una sentenza pronunziata intorno ad essa, che abbia acquistato esecutorietà definitiva. È la questione volgarmente ed impropriamente designata col nome di: prescrizione dell'*actio iudicati* in materia commerciale. Noi crediamo (v. n. 229) che si debba distinguere l'azione che si esercita *per ottenere una sentenza (pretesa di dichiarazione del diritto)* da quella che si esercita *in virtù della sentenza ottenuta (pretesa di esecuzione forzata);* e poichè riteniamo che la ragione dei termini speciali per la prescrizione delle azioni commerciali sia determinata in relazione alla prima categoria di azioni, così non crediamo suscettibili della qualifica di azioni commerciali quelle della seconda, all'effetto di sottoporle alla prescrizione commerciale. L'esame completo di questo argomento esige però una più matura preparazione (consulta: MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile,* vol. II, n. 442 e seg.).

19. Riguardo allo scopo che si propongono, le azioni si dividono in *possessorie* e *petitorie.* Le prime hanno per fine come gli *interdetti* del diritto romano, la semplice tutela o ripristinazione dello stato di fatto *(possesso)* relativo ad una cosa o ad un diritto, contro le alterazioni violentemente od illegalmente recatevi. Le altre mirano al definitivo riconoscimento della condizione giuridica che dev'essere stabilita in conformità al *diritto sostanziale* nei rapporti tra i litiganti. È ben noto come il possesso altrui possa costituire talora una violazione della nostra proprietà o di un altro nostro diritto. Malgrado di che, anche al possesso ingiusto è consentita speciale protezione, almeno in via provvisoria, per impedire che all'opera della giustizia civile si sostituiscano pericolosi conflitti fra cittadini. Tuttavia in questa materia è comune sentimento che la legislazione risenta in misura soverchia l'autorità tradizionale d'antiche dottrine non più soddisfacenti ai bisogni della vita giuridica odierna.

A primo aspetto le azioni possessorie sembrano da ascrivere alla categoria delle *reali,* poichè hanno per oggetto *la cosa* su cui il possesso si esercita. Ma una più accurata

analisi rivela essere le medesime azioni *personali*. Tale è la dottrina del diritto romano: *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* (L. 1, § 3, Dig., 43, 1). Non si guarda cioè nell'azione possessoria al materiale effetto che ne consegue, ma alla sua finalità giuridica; essa non è la rivendicazione di un diritto reale, ma la difesa contro l'altrui fatto illecito, ossia l'esercizio di un diritto personale. E il nostro codice di procedura considera esso pure queste azioni come personali *ad rem*; ne troveremo la dimostrazione nel testo dell'articolo 93 (v. n. 168).

20. Una ulteriore divisione è fatta tra le azioni *principali* e le *accessorie*. Essa corrisponde ad un carattere meramente estrinseco, vale a dire allo stato di rapporto in cui si trovano tra loro più diritti esercitati in un medesimo giudizio o in giudizi connessi; poichè tale azione, che si dirà *accessoria* se proposta congiuntamente o durante il corso di altra da cui ha dipendenza, dovrà dirsi *principale* se viene spiegata da sola in giudizio autonomo. Anche di ciò riparleremo (v. n. 198).

21. La facoltà di proporre una pretesa in giudizio (v. n. 12) si esplica mercè la *domanda giudiziale*. Questo nome è il più proprio ad indicare l'iniziale esercizio della azione, il quale deve, in primo luogo, essere concretato in una *domanda*, che stabilisca la qualità e la misura del diritto pel quale si agisce, la lesione che affermasi dal medesimo subìta, la riparazione che si invoca. E tale domanda deve essere proposta *in giudizio*, diretta cioè all'autorità giudiziaria, alla quale si chiede la emanazione degli opportuni provvedimenti.

Chi inizia l'azione, proponendo la domanda giudiziale, chiamasi *attore (actor)*. Colui contro il quale la domanda è proposta si chiama *convenuto (reus)*. Al giudizio possono prender parte più attori come più convenuti, a norma dei casi e delle circostanze. Vi possono entrare anche altre persone oltre a queste parti principali; e così gli *intervenienti* e i *garanti*. Gli istituti dell'intervento e della garantìa saranno esaminati a parte, più innanzi (lib. II, tit. II, capo IV, sezione 3ª).

22. Se di regola l'insorgere di una controversia è da presumere determinato dalla violazione di un diritto, è tuttavia nell'ordine delle cose umane possibile che l'attore proponga una domanda giudiziale od in mala fede, o dietro erronea supposizione che il suo diritto sia stato leso. Scopo del giudizio essendo il conseguimento della giustizia, che non è altro se non verità, si capisce come non basti l'affermazione della lesione da parte dell'attore, perchè il giudice abbia da accogliere la di lui domanda. Fa mestieri che sia *data la prova* dell'affermazione; e quindi è indispensabile provare l'*esistenza del diritto*, che si pretende violato, e quella *del fatto che lo ha leso*. Indi l'importanza che ha nel diritto giudiziario l'*elemento probatorio*, anima ed essenza del procedimento civile.

23. Abbiamo però detto (n. 12) come nel concetto della azione, intesa nel suo più lato senso, si comprenda anche il diritto di difesa del convenuto. Questo diritto, considerato in contrapposto al diritto di azione in senso stretto, cioè alla domanda giudiziale, riceve il nome di *eccezione*. Che per i fini della giustizia sia necessario attribuire simile diritto alla persona contro la quale è diretta una domanda giudiziale, apparisce evidente, appena si rifletta essere inammissibile che l'attore solo abbia facoltà di presentare al magistrato le prove relative al buon fondamento della di lui pretesa, poichè di tale guisa egli sarebbe libero di celare quelle che potrebbero riuscire dannose al suo intento. Se il giudizio è diretto ad eliminare un contrasto di volontà intorno alla esistenza e alla violazione del diritto subbiettivo che forma oggetto della domanda, la condizione dei contendenti deve essere pareggiata dinanzi al giudice. L'eccezione, dunque, è quella parte dell'azione (in senso lato) con cui si fa valere in giudizio la pretesa del convenuto, come la domanda è quella parte con cui si fa valere la pretesa dell'attore.

Nella procedura moderna tutti indistintamente i mezzi di cui si serve il convenuto per respingere la domanda dell'attore hanno nome di *eccezioni*. Non era così pel diritto romano e per le scuole antiche; ma la odierna semplicità giova non meno alla chiarezza che alla giustizia, rimuovendo l'ingombro di vacue sottigliezze.

24. Le eccezioni possono essere variamente classificate. Secondo il carattere intrinseco del loro contenuto, sembra a noi razionale distinguerle in *semplici* e *riconvenzionali*. Sono *semplici* quelle che si svolgono mediante la contrapposizione alla domanda dell'attore di un difetto inerente alla procedura od alla sostanzialità del diritto vantato; per esempio, l'eccezione d'incompetenza del magistrato adito (difetto della procedura); quella di avvenuta estinzione della obbligazione, per pagamento, rinuncia, prescrizione, ecc. (difetto sostanziale del diritto). La loro qualifica, com'è facile comprendere, deriva da ciò che esse si limitano a combattere la domanda sul suo proprio terreno. Ciascuna domanda deve necessariamente essere proposta in giudizio con un certo corredo di elementi di diritto processuale e sostanziale che la rendano ammissibile all'esame del magistrato e la dimostrino fondata. È precisamente la negazione di alcuno, o di più, o di tutti gli elementi in discorso, che costituisce una difesa mediante eccezioni *semplici*. Talora però non vi è possibilità di impugnare in questo modo la domanda, bensì di dimostrarla infondata richiamando l'esame del giudice sopra un altro ordine di elementi (fatti o rapporti giuridici), i quali, accertati che siano, producano la conseguenza logica di stabilire la mancanza di diritto nello attore. Talvolta ancora, la dimostrazione che gli elementi di diritto sostanziale, posti o supposti dall'attore, non esistono, deve essere data mediante una ricerca molto più ampia, la quale non può essere esaurita senza che l'investigazione del magistrato si spinga oltre quei confini nei quali l'aveva circoscritta la domanda dell'attore. Ad illustrare la prima ipotesi adduciamo l'esempio della compensazione opposta per stabilire l'estinzione del credito vantato dall'attore, ad illustrare la seconda, quello della impugnazione elevata sulla totalità di una obbligazione o sul capo principale di essa, per stabilire la insussistenza dell'obbligo parziale o accessorio di cui l'attore reclama l'adempimento, e così via dicendo.

La classificazione ora enunciata non è una novità che da noi sia introdotta nella dottrina; essa fu sempre riconosciuta come corrispondente alla diversità dei mezzi e

dei sistemi di difesa che possono essere adottati nel giudizio civile. Di nuovo non vi abbiamo portato che la nomenclatura, la quale ci sembrò opportuna ed esatta, non tanto nel riguardo delle eccezioni *semplici* sul nome delle quali non vi è disputa, quanto a proposito delle *riconvenzionali*, che riteniamo ben qualificate con questo nome, ormai accolto anche nella pratica giudiziaria, appunto perchè, secondo il nostro modo di vedere, l'elemento nuovo che esse introducono nel giudizio ha il carattere intrinseco della *riconvenzione*, intesa e considerata secondo la sua essenza, ed anche secondo le storiche sue origini (1). Non vi è tuttavia pericolo di confondere la *eccezione riconvenzionale* con la *domanda riconvenzionale*. Quella sta nel confine di una semplice difesa; questa ha invece le proporzioni di un attacco (v. n. 193 e seguenti). E mentre la difesa ha per diretta conseguenza il rigetto della domanda dell'attore, non è necessario che abbia simile risultato la domanda riconvenzionale. In un rapporto di compravendita, il venditore si fa attore in giudizio per chiedere *il pagamento del prezzo*. Il convenuto *domanda in via riconvenzionale la consegna della cosa*. La sentenza, nell'ordinare la consegna della cosa dovrà corrispettivamente prescrivere il pagamento del prezzo. Ecco un caso in cui il trionfo della domanda riconvenzionale non solo non esige il rigetto della principale, ma anzi ne importa lo accoglimento.

L'importanza di questa classificazione delle eccezioni riportasi alla determinazione della competenza e sarà chiarita più oltre (n. 130).

---

(1) Non può essere ignorato che l'istituto della riconvenzione entrò nella procedura romana come una maggiore e migliore guarentigia *della difesa* del convenuto. Il principio stabilito da Giustiniano (L. 14, Codice *de sent. et int.*, 7, 45), nel testo che meno d'ogni altro lascia adito ad incertezze, si riassume in ciò, che l'attore il quale ha provocato l'esercizio della podestà del giudice: « eum habere et contra se iudicem, in eodem negotio, non dedignetur ». Quantunque gli interpreti dei secoli posteriori, trascinati dalla corrente delle idee dei loro tempi, abbiano voluto parafrasare l'espressione « *in eodem negotio* » con l'altra « *in eadem lite* », tuttavia essa è abbastanza esplicita per far intendere che la riconvenzione doveva sorgere dal rapporto giuridico controverso, come mezzo di difesa pel convenuto.

25. Dal punto di vista dell'oggetto a cui si riferiscono, distinguonsi le eccezioni d'*ordine* (relative alla regolarità della procedura o dei singoli atti di essa) da quelle di *merito* (relative all'esistenza, od alla misura, od all'esigibilità, ecc., del diritto dedotto in giudizio). Rispetto al risultato che producono o mirano a produrre, si dividono in *dilatorie* (che prorogano, differiscono la discussione e definizione della controversia) e *perentorie* (che tendono a far riconoscere inesistente il diritto o il giudizio). Sonovi eccezioni *dilatorie* del *merito* o della *procedura*, eccezioni *perentorie* di quello o di questa. Le eccezioni d'*ordine* sono generalmente per loro natura *dilatorie del merito,* in quanto ne differiscono la discussione. Un'eccezione d'incompetenza è *perentoria* come eccezione d'*ordine*, poiche il suo effetto è di rendere inefficaci del tutto gli atti del giudizio avviato; ma è *dilatoria* del *merito,* in quanto il diritto si potrà di nuovo far valere più tardi davanti l'autorità competente. Però vi sono eccezioni d'ordine che hanno effetto *perentorio* anche sul *merito;* tali quelle dedotte allo scopo di far riconoscere la decadenza dal termine utile per un reclamo, onde può derivare il passaggio della sentenza in autorità di cosa giudicata. Eccezioni *dilatorie d'ordine* sono quelle che non tendono a distruggere nella totalità gli effetti del contraddittorio obbligando l'attore a riproporre in altra sede la sua domanda, ma soltanto ad invalidare qualche atto del giudizio in corso e renderne frustraneo l'adempimento. Così, se oppongo al mio avversario ch'egli è decaduto dal diritto di far assumere una prova testimoniale, non gli impedisco con ciò di poter ricorrere ad altri mezzi di prova per giustificare la sua domanda; la mia eccezione, quindi, proroga ma non perime il procedimento. Eccezioni *dilatorie di merito* sono quelle con le quali si vuole far respingere la domanda, non perchè priva di legale fondamento, ma perchè prematura, o non provata, o non regolarmente proposta. Sarebbe di questa categoria l'eccezione del fideiussore che chiede la escussione del debitore principale; così pure quella di non iscaduto termine o di ancora pendente condizione. Queste eccezioni *dilatorie del merito* sono *perentorie del giudizio*, il quale potrà essere riproposto

quando sia tolto di mezzo l'ostacolo fatto valere dal convenuto. Eccezioni *perentorie del merito* sono poi tutte quelle che hanno per iscopo di liberare definitivamente il convenuto dalla domanda dell'attore; quindi possono essere tanto eccezioni semplici quanto eccezioni riconvenzionali; e così, l'eccezione di pagamento, quella di prescrizione, quella di compensazione, ecc. Possono anche darsi eccezioni perentorie di *effetto parziale*, tendenti cioè a combattere una parte sola della domanda dell'attore; e questa distinzione serve anche rispetto alle eccezioni dilatorie.

Nel codice, la diversa natura delle eccezioni non dà materia a discipline speciali, salvo quelle relative alla competenza che si fondano sulla distinzione fra le eccezioni semplici e riconvenzionali (1). È però indispensabile conoscere le classificazioni sopradette giacchè, secondo la loro rispettiva natura, le eccezioni esercitano influenza diversa sulla pretesa giudiziaria dedotta nella domanda, e quindi sui rapporti fra le parti contendenti.

26. Come la domanda, anche l'eccezione dev'essere non solo asserita ma convenientemente dimostrata; in questo senso fu stabilita la regola; *reus in excipiendo actor est.* Talune fiate la prova della eccezione è contenuta nella posizione medesima del processo, o scaturisce dall'esame degli elementi della domanda; ciò si verifica, per esempio, quando il convenuto dica prescritta l'azione, ovvero incompetente il magistrato adito; in qualche caso, però, anche per accertare l'incompetenza occorrono indagini istruttorie, come in seguito vedremo. Ma se si oppone alla domanda di una somma il già eseguito pagamento, converrà sempre offrirne specifica dimostrazione; e così dicasi in genere di ogni altra eccezione.

27. A sua volta l'attore ha diritto di fare quelle deduzioni che potranno giovargli, movendo eccezioni contro le eccezioni del convenuto. Questi a vicenda può replicare con nuove eccezioni, e così di seguito fino all'esaurimento della

(1) Non è così in altri codici, i quali fanno espressa menzione delle varie specie di eccezioni e vi collegano certe particolari discipline del procedimento. Veggansi il codice francese, gli italiani antecedenti, il germanico, ecc.

discussione. Nel corso della medesima non è poi impossibile che si presenti ragionevole ed opportuno restringere, od allargare, o modificare l'originaria domanda, del che vedremo appresso le norme direttive. Anche ogni nuovo elemento di fatto, ogni nuovo argomento di ragione e di diritto che entri per simili guise ad integrare il materiale della discussione, deve essere accompagnato da un conveniente sussidio di prove.

28. Per via di accenno generalissimo accade qui di soggiungere che le prove, per quanto si riferiscono all'accertamento dei *fatti*, devono essere fornite coi mezzi e secondo le regole stabilite dalla legge. Tale disciplina essendo comune a tutti i litiganti non può considerarsi arbitraria nè iniqua, quantunque in parecchi casi restringa la libertà della dimostrazione dei diritti. Di che si hanno esempi nelle limitazioni della prova testimoniale (art. 1341 codice civile), nell'obbligo indeclinabile della prova scritta di taluni importanti diritti (art. 1314 codice civile), ecc.

Quanto alle *ragioni giuridiche* che le parti svolgono nella discussione, esse pure devono essere provate, nel senso che per farle apparire meritevoli di accoglimento occorre dimostrarne la conformità alle leggi che dànno norma al rapporto controverso.

Però una grande differenza è da notare fra la dimostrazione dei *fatti* su cui s'aggira la controversia e quella delle *ragioni giuridiche* sostenute dai contendenti. Imperocchè, mentre il magistrato deve esaminare il *tema di fatto* nei limiti della discussione svolta dalle parti, e cioè valutando esclusivamente le prove risultanti dagli atti, egli è libero di seguire il proprio raziocinio nella indagine *sul diritto*. L'errore delle parti nella invocazione o nella interpretazione delle leggi, non può obbligare il magistrato a seguirle sul non retto cammino, poichè precisamente la esatta intelligenza ed applicazione della legge al fatto controverso costituisce la sostanza stessa della funzione giurisdizionale dal punto di vista del diritto pubblico.

29. Discussa la lite, hanno diritto i contendenti che sia emanata la decisione del giudice. Ma affinchè con questa sia dato fine alla controversia occorre che egli sia *competente*

a pronunciare. La legge sull'ordinamento giudiziario ha distribuito nel territorio dello stato un congruo numero di magistrati, costituendo fra loro una gerarchia di gradi e un riparto di attribuzioni destinati a garantire il migliore funzionamento della giustizia. Pertanto la domanda proposta ad un magistrato incompetente e la discussione innanzi a lui seguìta, sarebbero irregolari, e il giudice chiamato a decidere dovrebbe restringersi a dichiarare la propria incompetenza.

30. Queste, per grandi tratti, che verranno in seguito meglio particolareggiati, sono le linee caratteristiche della *giurisdizione contenziosa,* di quella parte cioè dell'amministrazione della giustizia civile, la più importante senza dubbio, la quale ha per uffizio di dirimere i conflitti sopra i diritti subbiettivi delle persone fisiche o giuridiche. Ne sono adunque fattori essenziali: 1° le *persone dei contendenti;* 2° la *domanda giudiziale;* 3° la *difesa;* 4° la *competenza del giudice;* 5° il *contraddittorio;* 6° la *decisione.*

31. Gli indicati fattori non mancano mai nello svolgimento vero e proprio di una azione civile. Vedremo in seguito come anche nel caso di *contumacia* essi si trovino perfettamente al completo, malgrado la contraria apparenza. Tuttavia non si può negare che vi hanno taluni atti della giurisdizione contenziosa nei quali uno di cotesti elementi fa difetto. La nostra legislazione classifica certe materie come destinate ad essere *trattate senza contraddittore* (articolo 778, n. 2, del codice di procedura), nè queste materie sono da confondere cogli affari di *volontaria giurisdizione,* dei quali lo stesso testo ora menzionato fornisce indicazione marcatamente distinta (art. 778, n. 1). Per evitare equivoci sta bene di chiarire fin da ora la differenza fra la giurisdizione contenziosa e la volontaria, ed il nesso che ha colla prima la disposizione del citato n. 2 dell'art. 778.

32. Mentre nell'esercizio della giurisdizione contenziosa il magistrato definisce e regola secondo il dettato della legge una relazione di diritto *controversa* fra due o più cittadini, mercè la giurisdizione volontaria egli interviene con potere discrezionale e criterio equitativo a completare, approvare, rendere efficaci, taluni atti, vuoi nell'interesse delle

persone incapaci ed a tutela delle medesime, vuoi per lo scopo di mantenere l'ordine interno delle famiglie. Così il pretore costituisce e presiede i consigli di famiglia e di tutela; il tribunale omologa le loro deliberazioni; quello e questo in alcuni casi vigilano e controllano l'amministrazione tenuta dal padre del patrimonio dei suoi figli; la corte d'appello provvede sulle adozioni; il presidente del tribunale s'interpone a coadiuvare l'esercizio della podestà paterna; il tribunale è chiamato in luogo del marito ad autorizzare la moglie quando siavi fra i coniugi contrasto di volontà od opposizione di interessi, ecc., ecc. Non è dunque esatto il definire la giurisdizione volontaria od onoraria, come quella che si esercita *inter volentes et consentientes absque forma iudicii*, perchè l'intervento del magistrato nei casi menzionati è pur sempre una necessità imposta dalla legge. Ma è da osservare invece che le caratteristiche di codesto uffizio in ciò consistono: 1° che esso è affidato, per ragioni di somma opportunità, ai giudici, ma non è necessariamente inerente alla funzione giurisdizionale; 2° che nelle deliberazioni emanate per l'esercizio del medesimo non si esplica la ordinaria autorità giudicante, non si riconoscono rapporti giuridici nè si sanciscono diritti, ma si compie una cura quasi paterna di privati interessi; 3° che ai criteri delle deliberazioni stesse, quanto al merito, non è guida il rigore della legge, ma il consiglio della prudenza e della utilità; 4° che oggetto della volontaria giurisdizione è soltanto il patrimonio attuale o la persona del ricorrente o di colui nel cui interesse altri agisce, nè mai essa può avere effetto coercitivo sovra il patrimonio o contro le persone dei *terzi*.

33. Per contrario in molti casi, sparsamente indicati nei codici (parecchi ne sono raccolti nel terzo libro del codice processuale), il giudice, benchè non debba *decidere una lite* fra due contendenti, è chiamato ad esercitare la sua giurisdizione agli effetti contenziosi, per dare cioè un provvedimento che tocca alle ragioni del tuo e del mio e si deve eseguire in confronto di un terzo o sul di lui patrimonio. La sola differenza dagli atti della giurisdizione contenziosa ordinaria consiste in ciò, che, per l'indole del

caso o per motivi di temporanea convenienza, non si fa precedere alla pronunzia del magistrato il contraddittorio fra le parti.

Un esempio, per ora sufficiente ad illustrare l'esposta nozione, è quello della domanda di *sequestro conservativo*, la quale, diretta a preservare il creditore dall'imminente pericolo di fraudolenta sottrazione del patrimonio del debitore, viene decisa senza che a questi sia conceduto di opporre preventivamente le sue eccezioni.

La gravità dei provvedimenti di cui parliamo e delle loro conseguenze è facile a scorgersi. Il legislatore non poteva prescindere dal consentirli, appunto perchè vi sono casi in cui la tutela del diritto si risolverebbe altrimenti in una derisione; ma doveva trattarli come casi eccezionali, e restringere nei più severi limiti la mancanza del contraddittorio. Indi è che per la maggior parte di essi le discipline della legge sono ordinate per guisa da far seguire il contraddittorio immediatamente dopo preso il provvedimento d'urgenza e prima che sulla domanda dell'attore sia definitivamente sentenziato. In altri casi la persona che è colpita da una decisione emanata senza discussione ha immediata facoltà di opporvisi, suscitando regolare controversia (p. es. dichiarazione di fallimento), sicchè la convalidazione immediata del provvedimento dipende dalla acquiescenza dell'interessato.

Ciò spiega il senso e la portata dell'art. 38 del codice, il quale dispone: « Non si può statuire sopra alcuna domanda, se non sentita o debitamente citata la parta contro cui è proposta, *eccettuati i casi determinati dalla legge* ».

34. Dopo quanto venimmo dicendo riesce agevole di rilevare il significato e l'uso del vocabolo *giurisdizione*. *Giurisdizione* è il complesso delle attribuzioni per le quali il magistrato ha il potere di amministrare la giustizia e munire di efficacia esecutoria le proprie deliberazioni. I giureconsulti romani distinsero la *jurisdictio* dallo *imperium*, ossia la podestà deliberativa da quella esecutiva. Le ragioni storiche e politiche di quella distinzione, quale si apprende dalle fonti, sono scomparse. Oggi l'autorità giudiziaria, cioè la magistratura ordinaria, possiede sempre la *giurisdizione*

piena, cioè la *jurisdictio* e l'*imperium* insieme, ed in tutti i suoi atti attinenti alla giurisdizione contenziosa concorrono entrambi questi elementi. Negli atti di giurisdizione volontaria, per la loro indole speciale, si può dubitare di un esercizio di *jurisdictio* senza *imperium;* ma già abbiamo notato come essi non appartengano all'ordine delle funzioni giurisdizionali in senso stretto. Anche relativamente ai giudici privati (arbitri), è da osservare che essi acquistano la *jurisdictio* per effetto del compromesso, ma non del pari l'*imperium*, poichè la forza esecutoria delle loro sentenze deriva da un provvedimento del magistrato ordinario che costituisce, in certo modo, l'atto di adozione da parte del potere sovrano dello stato di una deliberazione emanata da organi privi della sovranità. Così dicasi delle autorità giudiziarie straniere nei rapporti col nostro stato; gli atti di loro giurisdizione non hanno forza esecutiva, ma occorre all'uopo il giudizio di delibazione del magistrato nazionale. In questi sensi, ma non più in là, può essere utile ancora di ricordare la classica distinzione fra *jurisdictio* e *imperium*. Notisi (per evitare erronei apprezzamenti) che l'*imperium* si realizza nella pura e semplice potestà di emettere deliberazioni giudiziali aventi efficacia coercitiva. Tengasi poi presente che l'efficacia esecutiva di cui parliamo è quella in genere inerente a ogni decisione, anche interlocutoria, del magistrato, in qualunque modo eseguibile, non quella, in via esclusiva, che si traduce nelle espropriazioni forzate. Fanno quindi eccezione le sentenze, o i capi di sentenza, che si dicono *di mero accertamento*, perchè non suscettibili di atti giuridici d'esecuzione. Il tipo principale di simili sentenze è quello delle sentenze di assoluzione, o di rigetto di una istanza, sebbene, in senso negativo, anche in esse si contenga una virtù di coercizione (intorno ad un altro tipo importante di sentenze di mero accertamento v. *infra*, n. 134, 135).

35. Proseguiamo ad esporre le regole generali relative alla giurisdizione contenziosa.

La materia del diritto privato è quella dove svolge tutti i suoi effetti il diritto di proprietà. Esso comprende la facoltà di disporre di ogni cosa che ci appartiene, secondo meglio

ci aggrada. Indi deriva che ciascun cittadino è libero di tollerare anche le lesioni che altri arrechi ai suoi diritti, essendo questo alla fin fine un modo di disporne. Ed il giudizio dell'autorità sociale a tutela e ripristinamento del diritto offeso, non deve intervenire se non quando ne sia fatta formale istanza e deve contenersi nei limiti della istanza medesima. L'art. 139 della legge sull'ordinamento giudiziario dichiara che il pubblico ministero *veglia all'osservanza delle leggi* ed *alla pronta e regolare amministrazione della giustizia:* ma questo uffizio suo non può estendersi sino a farne il vindice non richiesto dei diritti privati, ciò che turberebbe l'ordine sociale più presto che difenderlo. Soltanto, al pubblico ministero è data facoltà di esercitare in concorso coi privati talune azioni che appartengono alla giurisdizione civile (ad es.: opposizione a matrimonio, nullità di esso, interdizione di dementi, rettificazione di atti di stato civile), in quanto l'indole e lo scopo delle medesime connettonsi a un diritto dello stato, come dianzi notai, servendo a tutela di grandi interessi sociali. Ma all'infuori di quelle a cui è autorizzato esplicitamente dalle leggi, il pubblico ministero non ha certamente podestà di esercitare azioni civili nell'interesse astratto della giustizia. Il codice di procedura non ammette alcuna deroga a questo proposito. Sebbene l'art. 519 consenta il ricorso in cassazione del pubblico ministero *nell'interesse della legge*, dichiara però che da esso non deriva nessuna conseguenza in pro o in danno dei litiganti.

36. Tanto meno sarebbe lecito ammettere che le azioni dirette alla tutela degli interessi di un cittadino potessero venire esercitate da altri che vi fosse legalmente estraneo o indifferente.

Due regole importantissime sanciscono i principii ora accennati; esse stanno scritte negli articoli 35 e 36 del codice di procedura, che conviene riferire integralmente:

« Chi vuol fare valente un diritto in giudizio deve proporre la domanda davanti l'autorità giudiziaria competente » (art. 35).

« Per proporre una domanda in giudizio o per contraddire alla medesima è necessario avervi interesse.

« Le persone, che non hanno il libero esercizio dei loro diritti, devono essere rappresentate, assistite o autorizzate a norma delle leggi che regolano il loro stato e la loro capacità » (art. 36).

37. La prima delle citate disposizioni fu già illustrata dalle considerazioni esposte in precedenza. È da aggiungere che la forma generalissima in cui essa è concepita fa chiaro come la domanda giudiziale possa essere proposta da chiunque sia abilitato a possedere e ad esercitare un diritto, e così da qualsiasi persona fisica e giuridica, dai cittadini non meno che dagli stranieri (art. 1 a 3 cod. civ.).

Abbiamo già detto che la domanda stabilisce i limiti nei quali si deve esplicare la giurisdizione del magistrato. Ma sopra la domanda, e nei confini di essa, il giudice ha sempre stretto obbligo di pronunziare, sia che l'ammetta o che la respinga. Il *diniego di giustizia*, che sarebbe appunto la violazione di quest'obbligo, è, con apposite sanzioni, represso dalla legge. Essa reprime eziandio l'esorbitanza del magistrato dalla linea di confine suddetta. Tale esorbitanza può verificarsi sotto due aspetti ugualmente illeciti: quello di pronunzia su cosa non domandata *(extra petita)* e quello di pronunzia sopra quantità maggiore della domanda *(ultra petita)*.

L'art. 35 accenna alla *competenza del magistrato*, come uno dei requisiti per la validità della domanda giudiziale. Sappiamo già quale ne sia l'importanza. Tuttavia dalla enunciazione del testo citato non si deve indurre che la domanda proposta innanzi a giudice incompetente sia destituita d'ogni effetto, come se non fosse stata presentata. Essa non può, per regola, condurre ad una decisione definitiva; ma produce in certe circostanze altri effetti, più o meno estesi, che saranno altrove esaminati. . .

All'analisi dell'art. 36 è dedicato il capo seguente.

CAPO IV.

Interesse e capacità di agire.

38. L'interesse è la misura dell'azione. — *Point d'intérêt point d'action.* Queste massime sono assai note nel diritto giudiziario civile, e ritenute di tanto peso che in Francia si ebbero persino sentenze di cassazione fondate sovra lo antico adagio forense, quantunque nessun testo del codiçe lo sancisca espressamente. Ben fece adunque il legislatore italiano, affermando il principio dell'art. 36, e completandolo in forma opportuna col dichiarare che l'interesse occorre non soltanto per *agire*, ma anche per *contraddire* alla domanda.

Alcuni scrittori insegnano che *diritto* e *interesse* sono due requisiti fondamentali per proporre una domanda in giudizio. L'errore è evidente appena si rifletta che il contenuto della domanda è una *pretesa* che può anche non corrispondere a un diritto; e che il requisito dell'interesse è richiesto non meno per l'attore che pel convenuto. La nozione dell'interesse processuale deve dunque esser distinta accuratamente da quella del diritto. È chiaro che lo scopo degli istituti giurisdizionali non può essere quello di prestarsi ad indagini e pronunzie sulle *pretese* platoniche di *esistenza* e di *violazione* di diritti, che, quando pure accertate, non recherebbero una *utilità giuridica* al soggetto il quale provoca la decisione giudiziaria. Analogamente dicasi delle difese contro le altrui domande. Ond'è che, riferita all'attore, la nozione dell'interesse è quella « *della utilità finale soggettiva della domanda giudiziale sul tema della asserita esistenza e violazione di un diritto* »; riferita al convenuto è « *la utilità finale soggettiva della opposizione contro quella domanda* ». Parlando di utilità soggettiva, non si esclude naturalmente la legittimità di domande proposte per mezzo di rappresentanti, nei casi in cui questi possono o devono agire in nome del soggetto interessato.

Da queste nozioni è dato intendere che l'interesse ha carattere *personale;* in altri termini, soltanto le violazioni

dei diritti che ci appartengono (sia pure in comunione con altri), o che spettano alle persone di cui abbiamo la rappresentanza, ci autorizzano ad esercitare azione; e soltanto le domande giudiziali che riguardino un'obbligazione nostra, o un diritto da noi esercitato, o l'obbligazione o il diritto di un nostro rappresentato, devono essere dirette contro di noi (1). Come non può essere accolta la domanda proposta da chi non vi ha interesse, così non dev'esserlo quella spiegata in confronto ad un *contraddittore non legittimo.*

39. È sembrato anche a noi, in passato, come ad altri, che il principio della personalità dell'interesse subisse deroga nelle *azioni popolari;* ma una migliore riflessione ci persuase poi del contrario. Nel diritto odierno, queste azioni, ristrette in numero, e anche nella sfera di svolgimento, appariscono come un prodotto delle istituzioni democratiche e particolarmente delle rappresentative. Esse presuppongono, nei determinati casi, che l'interesse della *res publica* sia pure interesse individuale del cittadino, onde la difesa possa esserne promossa, con opportune discipline, da *quisque e populo.* Le azioni popolari del nostro diritto positivo sono di due specie: le une ad intento strettamente politico, che in principalità hanno per oggetto il diritto elettorale, nelle varie forme della sua organizzazione e del suo funzionamento (legge elettorale politica 28 marzo 1895, art. 31, 37, 39, 112; legge com. e provinc., art. 41, 47, 49, 50, 87, 90); per analogia entrano in questo gruppo le azioni in materia elettorale contemplate nella legge 6 luglio 1862 sulle camere di commercio (art. 13 e 18); quelle sulla formazione delle liste dei giurati (legge 8 giugno 1874, art. 15, 18, 20), delle liste degli eleggibili a conciliatori (legge 16 giugno 1892, art. 3), delle liste elettorali dei collegi di probi viri (legge 15 giugno 1893, art. 21). Alla seconda specie appartengono le azioni conferite a singoli cittadini per la difesa d'interessi patrimoniali o di altri diritti dei comuni

(1) Aggiungasi che soltanto le eccezioni *comuni* con altri convenuti, o quelle che *personalmente* ci riguardano possono essere opposte. Quelle esclusivamente personali ad un convenuto non possono servire alla difesa di altro convenuto.

(art. 129 legge comunale e prov.), e delle istituzioni pubbliche di beneficenza (art. 82, 83 legge 17 luglio 1890). Nelle azioni popolari è da riconoscere pertanto la compenetrazione di due interessi: quello personale (come cittadino) del privato che agisce, e quello pubblico o collettivo dell'ente di cui egli esercita la rappresentanza, quasi con funzione procuratoria, che è completa nelle azioni della prima specie, ed invece attenuata o supplementare in quelle della seconda, nelle quali è prescritto il contraddittorio pure della normale rappresentanza di quell'ente. Perciò appunto, non conviene considerare derogata la teorica dell'interesse (personale) ad agire dall'istituto delle azioni popolari, ma è più esatto invece ravvisarvene una forma specialissima di applicazione. Se non può ricevere estensione a casi non espressamente autorizzati dalle leggi, è per il motivo che la facoltà della quale parliamo costituisce una eccezione alle regole generali sulla rappresentanza, la quale non può essere assunta in via straordinaria da organi a cui normalmente non spetta, che in quei casi indicati dalle disposizioni legislative sull'azione popolare.

40. Non è mestieri che l'interesse sia *pecuniario* in istretto senso; può essere anche *morale* od *astratto*, purchè di natura *giuridica*, cioè a dire, corrispondente alla lesione d'un vero diritto. Quindi, se si riconosce l'interesse ad agire per la tutela del proprio onore, della fama, del nome di famiglia, della proprietà professionale, artistica, industriale, ecc., non si potrebbe dire lo stesso riguardo alle semplici lesioni sofferte negli affetti, nelle tendenze, nelle abitudini, ecc., negli interessi morali del ceto o della casta a cui si appartiene; per quanto nella nostra giurisprudenza abbia incontrato favore il principio della refettibilità dei *danni morali*, questi però sono quasi sempre di natura *mista*.

L'interesse dev'essere *diretto*, e cioè derivante da una causa correlativa alla persona che agisce. Ciò non implica per necessità che il fatto della lesione giuridica l'abbia colpita direttamente, ma è sempre mestieri che, almeno mediatamente, un pregiudizio giuridico ne sia derivato all'attore.

41. Altro importante requisito è la *legittimità*. L'interesse deve stare in armonia col diritto obbiettivo e contenersi nei termini del medesimo. Inoltre, la proponibilità dell'azione non deve incontrare ostacoli in alcun divieto delle leggi, le quali, come abbiamo già detto, negano ad alcuni diritti il presidio dell'azione. La legittimità dell'interesse dà motivo a discutere se nel moderno diritto siano ammesse le azioni contro gli *atti ad emulazione*. Tali diconsi quegli atti per virtù dei quali un cittadino esercita un suo diritto, ma fuori dei limiti della propria utilità, solo con proposito di recare ad altri molestia o nocumento. La dottrina che vuol proibiti gli atti ad emulazione, ricavata principalmente da quattro parole male interpretate del giureconsulto Celso (*neque malatiis indulgendum est* — L. 38, Dig., 6, 1), é da erronea intelligenza di alcuni altri passi del diritto romano, ebbe molta fortuna nel medio evo ed anche presso taluni giureconsulti moderni. Prevale oggidì nella scienza l'insegnamento ad essa contrario. Quantunque la giurisprudenza patria abbia talvolta accennato a favorire l'antica dottrina, è da ritenere sicura e ben fondata l'opinione che non si abbia legittimo interesse ad agire in opposizione al diritto altrui, quando questo sia esercitato nei confini legali; dappoichè non è qualunque danno che ci venga dal fatto di altri che possa dar luogo ad azione, ma solo quel danno che offende il nostro diritto; ora l'esercizio del diritto di un cittadino non può, per incompatibilità logica e giuridica, costituire offesa al diritto di altro cittadino. E se il *summum jus* urta qualche volta contro il più delicato sentimento della civile convenienza, non può derivarne la legittimità della reazione concretata in una istanza giudiziale. Del resto, le manifestazioni della giurisprudenza in tale proposito sono di mero carattere accademico o singolarmente equivoche, quando non costituiscono applicazioni di un criterio erroneo, il che si verifica in pochissimi casi.

42. La legittimità dell'interesse processuale, giusta la nozione che ne abbiamo data, oltre che dall'enunciazione di un diritto che sia lecito far valere in giudizio, dipende altresì dalla violazione del diritto medesimo; la quale, se non è da esigere che presenti preventivamente certezza

obbiettiva (cosa altrettanto impossibile come la certezza preventiva del diritto), deve essere opinata e asserita dall'attore. Per decidere la lite si dovrà accertare tanto il diritto che la sua violazione; ma per riconoscere che l'azione è proponibile per il titolo di un legittimo interesse, basta accertare che uno *stato di violazione del diritto* sia posto a fondamento della istanza. Il concetto generico di *violazione del diritto* è molto ampio; esso comprende ogni impedimento non legittimo, ogni condizione positiva o negativa contraria allo stato e modo di godimento di un diritto. Le condizioni di godimento di un diritto costituiscono, nel loro insieme, *il diritto alla conservazione del diritto,* e sotto questo aspetto non si può negare che formino parte del patrimonio giuridico di un soggetto. Indi l'interesse ad agire per la loro difesa, quando siano alterate per fatto od omissione di altri; ed ecco come lo stato di violazione di un diritto può essere indipendente dalla mala volontà del convenuto, e può eziandio verificarsi nella forma di una semplice *minaccia di violazione*, quando le circostanze siano tali da conferirle il carattere di minaccia prossima, cioè di effettivo impedimento a mantenere intatte le condizioni normali di conservazione o di godimento del diritto. Questo concetto apre la via per parlare di un'altra condizione dell'interesse, che è l'*attualità*.

43. Il requisito dell'*attualità* non presuppone in modo assoluto che la violazione di cui ci lamentiamo sia stata già consumata nel momento in cui la domanda è proposta; anche una minaccia imminente, come notammo, può alterare lo stato di convivenza pacifica dei consociati, dal punto di vista dell'ordine giuridico privato. Così è concessa al creditore la facoltà di chiedere un sequestro conservativo sui beni del debitore, prima che questi sieno sottratti, purchè si dimostri il pericolo grave di sottrazione o dispersione (art. 924 cod. proc.); così il *ragionevole motivo di temere un danno* dall'opera o dalle cose d'altri, legittima le azioni di denunzia di nuova opera o di danno temuto (articoli 698, 699 cod. civile); così in prossimità alla cessazione della locazione il proprietario può intraprendere una speciale procedura contro il conduttore all'effetto di farlo condannare

allo sgombro dalla casa o dal fondo tosto spirato il termine contrattuale (legge 24 dicembre 1896), e via dicendo.

Queste apparenti derogazioni al requisito dell'attualità vanno intese con molta cautela; poichè, se in genere si accordasse azione in vista di un interesse *futuro* od *eventuale*, egli è chiaro che nessun cittadino sarebbe mai più al coperto da molestie giudiziarie, contro le quali spesso gli mancherebbero i mezzi per difendersi. È da approvare pertanto la deliberazione con cui dalla commissione legislativa fu stabilito di non ammettere nel nostro codice i *giudizi di jattanza* già esclusi anche dal francese e da altri, pur avendo incontrato favore in qualcuna delle leggi processuali italiane del secolo scorso, quali il regolamento gregoriano e il codice sardo del 1859. Col nome di *giudizi di jattanza* designavansi le azioni spiegate contro chi avesse *vantato* un diritto contro altri, senza però far alcun atto per volerlo esercitare; l'autore del vanto, ossia della jattanza, poteva essere convenuto avanti al giudice per sentirsi ingiungere l'obbligo di provare la sua pretesa, o, in difetto della prova, il *perpetuo silenzio* intorno alla medesima. Si trattava in sostanza di giudizi di prevenzione, fondati su di un interesse futuro ed eventuale. Essi ebbero origine da una esagerata e forse erronea interpretazione della L. 5, Cod. *de ingenuis manumissis*, 7, 14, la quale autorizzava l'azione giudiziaria contro chi diffamasse lo stato di un ingenuo, qualificandola però espressamente per azione di riparazione d'ingiuria.

Badisi poi a non confondere l'*eventualità* dell'interesse con quella del diritto; poichè per un diritto eventuale (p. es. soggetto a condizione sospensiva) può bene aversi interesse attuale ad agire (come per ottenere una misura conservativa, ecc.).

44. La podestà di far valere in giudizio le proprie pretese e di difendersi contro le altrui dimostrammo competere, come un diritto pubblico subbiettivo, ad ogni persona fisica o morale. Ma non tutte le persone che *godono* diritti possono direttamente *esercitarli*. Il codice civile ed altre leggi sanciscono più di una sorta d'incapacità, ed altre sono dalla natura stessa determinate. Gli *incapaci* o non

possono esercitare i loro diritti *(incapacità assoluta)*, che esercitano per essi i rispettivi *rappresentanti*, o li esercitano col concorso e l'*assistenza* di persone destinate ad integrare la loro personalità giuridica *(incapacità relativa)*. Tanto riguardo alla incapacità assoluta come rispetto alla relativa, vi hanno poi taluni casi in cui le leggi prescrivono, oltre la rappresentanza o l'assistenza predette, anche l'*autorizzazione* di qualche potere pubblico, giudiziale od amministrativo. La disposizione del capoverso dell'art. 36 di sopra riferito (n. 36) si spiega dunque logicamente in relazione al sistema che disciplina nel diritto civile la materia delle incapacità.

45. Facciamo qualche breve cenno specifico. Ed in prima, sulla *incapacità assoluta*.

a) Minori non emancipati. Secondo che si trovino soggetti alla podestà del padre od a quella del tutore, le regole giudiziarie che li riguardano sono diverse. Il padre, come rappresentante dei figli, o la madre in di lui mancanza, non sono sottoposti ad alcun vincolo quanto alla facoltà di stare per essi in giudizio, nella qualità d'attore od in quella di convenuto. È eccettuato il solo caso di conflitto di interessi (art. 224 codice civile), e vedremo più avanti come si provveda alla nomina del curatore speciale prescritto dalla legge, allorchè faccia bisogno di notificargli un atto di citazione. Evidentemente il legislatore ha fatto a fidanza coll'affetto e coll'assennatezza dei genitori: ma non è senza ogni pericolo tale mancanza di freni, se si rifletta al danno che può recare una lite inconsultamente sostenuta. Tanto più ove si consideri che lo stesso art. 224 del codice civile attesta non essere illimitata la fiducia che fu posta nella saviezza e nel disinteresse dei genitori riguardo alla gestione dei beni dei loro figli.

Le azioni relative ai beni, per *la sola amministrazione* dei quali l'art. 247 del codice civile autorizza il testatore a delegare un curatore, dovranno essere esercitate da questo ultimo o dal genitore che esercita la patria podestà? La soluzione è controversa, sembrando che il genitore escluso dall'amministrazione non possa avere nè l'opportunità di conoscere nè l'interesse e lo zelo di far valere in giudizio i diritti dei figli, e che le ragioni presumibili della esclusione

si debbano estendere anche a questa forma di tutela degli interessi per cui la medesima fu pronunziata. Però sembra più giusto opinare che i diritti paterni non debbano subire restrizioni maggiori di quelle che espressamente la legge autorizza. La facoltà di agire in giudizio è atto eccedente le funzioni *amministrative*, quando l'oggetto dell'azione non sia la esazione delle rendite o la difesa del possesso alle quali i poteri del curatore sono dalla legge limitati.

Il tutore, infatti, non può *promuovere azioni* in giudizio senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 296 codice civile), se non si tratti di azioni possessorie, o pel conseguimento delle rendite, o di altri casi urgenti (cit. art.). Non occorre omologazione del tribunale, salvo che si voglia deferire la lite ad arbitri (art. 301 cod. civile). Il linguaggio della legge *(promuovere azioni)* dà a comprendere che per stare in giudizio come convenuto non occorre al tutore veruna autorizzazione. Al tutore si surroga il protutore nei casi contemplati dalla legge, nè mai è ammissibile altra forma di rappresentanza, salva l'ipotesi dell'art. 136 del cod. di proc. di cui ci occuperemo parlando della citazione.

b) Interdetti. Valgono relativamente ad essi le regole dettate pei minori soggetti a tutela (art. 329 codice civile). E ciò anche quando la tutela spetti al padre od alla madre.

46. *c) Persone giuridiche.* Considerate indipendentemente dalle individualità dei loro amministratori e rappresentanti, le persone giuridiche sono senza dubbio organicamente incapaci in via assoluta di esercitare i loro diritti. La più eminente persona giuridica è lo stato, il quale esercita i propri diritti patrimoniali e le conseguenti azioni mediante gli organi della *funzione governativa*, pel tramite dei vari uffizi a questo ramo della sovranità pertinenti. Apposite regole disciplinano la rappresentanza in giudizio dello stato, per la necessità che vi è di tener distinta la gestione dei singoli rami della amministrazione pubblica, e di rendere più facile l'esercizio delle azioni e la proposta delle difese (1). Però non deve

(1) Si vegga specialmente il regolamento 25 giugno 1865, annesso alla legge 20 marzo stesso anno sul contenzioso amministrativo, che fu modificato in alcune parti dalle posteriori variazioni avvenute nella costituzione e negli organici degli uffici amministrativi.

essere dimenticato che lo stato ha una sola personalità giuridica. Questa osservazione è della massima importanza per escludere la necessità di trasferire da un uffizio ad un altro di uguale grado e natura la rappresentanza dello stato, quando la lite trasmigra da una sede giudiziaria ad una diversa, per la successione dei gradi giurisdizionali. Ma da altro canto ogni dicastero amministrativo avendo limiti prestabiliti alle proprie funzioni secondo la natura delle medesime, la rappresentanza dello stato non può essere esercitata da esso che nella cerchia di tali funzioni. Onde sarebbe errore pensare che l'intendente di finanza possa appellare in una causa sostenuta in primo grado dal prefetto, o la direzione del demanio ricorrere per cassazione contro sentenza che abbia reso soccombente il ministero della guerra. Non è qui in discussione l'unità dello stato, ma la limitata rappresentanza di cui è investito un uffizio od un funzionario; e la cosa riesce ben diversa. La stessa norma si dovrà applicare alle azioni dirette contro lo stato.

La *provincia* è rappresentata in giudizio dal presidente della deputazione provinciale, il quale però non può agire, sia in qualità di attore che di convenuto, senza deliberazione preventiva del consiglio o della deputazione (articoli 217, 225 e 226 della legge comunale e provinciale). Per le azioni relative a diritti su beni stabili e l'adesione a domande relative a tali diritti è anche richiesta l'approvazione della giunta provinciale amministrativa (art. 245 legge citata).

Il *comune* ha per rappresentante il sindaco, che deve pur essere autorizzato a stare in giudizio come attore o convenuto, per deliberazione del consiglio, od in via d'urgenza della giunta municipale, a cui compete in via normale di autorizzare le azioni possessorie; mentre nessuna autorizzazione è necessaria al sindaco per promuovere semplici provvedimenti conservativi (art. 126, 135, 136, 149 legge suddetta). Inoltre quando si tratti d'intentare azioni relative a diritti sopra beni stabili o di aderire ad una domanda relativa a tali diritti, la deliberazione del consiglio comunale dev'essere approvata dalla giunta provinciale amministrativa (art. 195 della citata legge). Può il comune essere rappresentato in

giudizio da uno o più attori popolari, previa autorizzazione della giunta provinciale amministrativa (art. 129 legge citata). Le frazioni che siano in conflitto giudiziario col comune cui appartengono o con altra frazione di esso, possono ottenere la costituzione di una propria rappresentanza speciale (capoverso dell'articolo citato).

Per quanto concerne le rappresentanze e le autorizzazioni nei gradi superiori del giudizio, veggasi l'osservazione fatta più oltre al n. 551.

Le *istituzioni pubbliche di beneficenza* e gli altri enti morali sono rappresentati dalle persone che ne tengono la direzione o l'amministrazione in conformità ai rispettivi regolamenti od alle tavole di fondazione. Per le istituzioni pubbliche di beneficenza occorre l'autorizzazione della giunta amministrativa provinciale (art. 36 legge 17 luglio 1890) fatta eccezione per i provvedimenti conservatorii in casi d'urgenza, e salvo in questi casi l'obbligo di chiedere immediatamente l'approvazione.

47. *d)* Benchè sia molto discusso se le *società*, almeno quelle commerciali, debbano essere classificate fra le persone giuridiche, nè questo sia il luogo adatto per discutere la grave questione, tuttavia, senza pregiudizio di essa, sembra visibile la rilevante analogia che passa fra le *società di commercio* e gli enti morali per riguardo all'esercizio, attivo o passivo, delle azioni civili contro i terzi, ed anche contro i soci. Imperocchè anche esse stanno in giudizio per mezzo dei rispettivi preposti, gerenti od amministratori, ovvero liquidatori; e talvolta (nelle società per azioni) abbisognano a costoro autorizzazioni prescritte dagli statuti.

Quanto alle *società civili* la cosa è diversa. Esse non formano enti collettivi distinti dalle persone dei soci, neppure nei rapporti coi terzi; ma costituiscono un semplice stato di comunione patrimoniale più o meno estesa. Onde la rappresentanza sociale in giudizio sta nella unione di tutti i soci, a meno che per patto sociale bastasse all'uopo la volontà della maggioranza, ovvero l'amministrazione fosse contrattualmente assegnata a uno o più di loro e l'oggetto della controversia fosse tra quelli compresi nei poteri dell'amministratore. Fuori di questi casi potrebbe anche essere

stato conferito espressamente mediante il contratto l'incarico della rappresentanza giudiziale ad un capo, presidente, direttore, ecc., il quale come rappresentante *dei singoli suoi mandanti* può agire od essere convenuto nelle controversie che si riferiscano ad interessi sociali. È indifferente che simile mandato risulti da deliberazioni particolari ovvero dal contratto o statuto sociale, solo richiedendosi la prova del consenso espresso o tacito di tutti i singoli soci o della maggioranza, secondo le circostanze.

48. È a dire ora delle *incapacità relative.*

a) I *minori emancipati* e gli *inabilitati* non possono stare in giudizio senza l'*assistenza* del curatore (art. 318 e 339 cod. civ.), la quale è richiesta tanto per agire come per difendersi, e deve continuare in tutti i singoli stadi del giudizio. Il curatore dovrà essere citato insieme all'emancipato od all'inabilitato, in prima istanza come in appello, ecc., o promuovere con lui la citazione degli avversari. L'art. 320 codice civile permette all'emancipato il reclamo al consiglio di famiglia contro il rifiuto d'assistenza del curatore; e questa disposizione deve essere estesa anche a favore dell'inabilitato, per evitare gravi inconvenienti, che l'incuria o la slealtà del curatore potrebbero produrre, sebbene a termini di legge il consiglio di famiglia non si ingerisca nella amministrazione della di lui sostanza.

b) La *donna maritata* non abbisogna di assistenza; essa ha d'uopo di *autorizzazione* da parte del marito o del tribunale nei casi soli contemplati nell'art. 134 del codice civile, con le eccezioni stabilite per la donna commerciante e per gli altri casi di cui nell'art. 136. L'autorizzazione una volta ottenuta vale per ogni grado di giudizio (art. 805 codice procedura civile). Quando però, essendo la moglie minorenne, il marito ne ha la *cura*, egli deve anche *assisterla*, come attrice o come convenuta, durante tutto il giudizio e nei singoli suoi gradi.

c) Nel caso di *fallimento* dobbiamo distinguere tra la capacità del *fallito* e quella del *curatore.* Il fallito non diventa incapace, ma perde l'esercizio di una gran parte delle facoltà giuridiche relative al suo patrimonio, il quale esercizio si devolve al curatore, quasi per effetto di una

separazione di patrimonio e di poteri operata dalla dichiarazione di fallimento (art. 699 cod. di comm.). Per tutto quanto non è oggetto di questa separazione (diritti strettamente personali, anche relativi a beni, p. es. usufrutto legale paterno o maritale, e diritti estranei al fallimento) egli conserva intatta la precedente situazione giuridica. Il curatore è investito dalla legge della capacità processuale attiva e passiva per tutte le azioni relative a quanto forma oggetto della separazione anzidetta. Egli rappresenta *il fallimento,* non la persona del fallito, nè quelle dei creditori singoli, o gli interessi particolari rispettivi. Nel *fallimento* (procedura, liquidazione, cessazione) concorrono gli interessi del fallito e dei creditori; e in quanto vi concorrono sono appunto rappresentati dal curatore. Ma possono essere in conflitto, con quelli del fallimento, interessi particolari del fallito o di qualche creditore; e allora il curatore non ne è il rappresentante, ma anzi il legittimo contraddittore. Egli esercita il suo uffizio sotto la direzione e il controllo del giudice delegato (art. 713 cit. cod.), il quale nomina gli avvocati ed i procuratori che dovranno rappresentare in giudizio il fallimento (art. 727 cit. cod.).

49. *d)* Esistono interessi di natura collettiva, i quali si riferiscono ad istituzioni civili o religiose, non aventi carattere di enti morali nè di unioni o società patrimoniali (1). Nello stato della nostra legislazione, che non regola affatto, ma non vieta in genere, simili istituzioni, gli interessi delle medesime sono *personali* per ciascuno dei loro componenti, che possono però essere rappresentati da un capo od amministratore o direttore, tale costituito con poteri più o meno estesi e col consenso di tutti gli interessati; e perciò diciamo che in generale le azioni spettano ai membri dell'associazione *uti singuli*, e non *uti universi*, cioè a dire possono essere esercitate soltanto mercè il concorso di tutti oppure mercè

(1) Rammentiamo la recente legge francese 1° luglio 1901 che regolò il *contratto d'associazione*, definito da essa (art. 1°) « la convenzione con la quale due o più persone mettono in comune, in modo permanente, le loro cognizioni o la loro attività, con uno scopo che non sia quello di dividere guadagni ». Tale definizione è idonea per designare concretamente la categoria di enti collettivi a cui si riferisce qui il nostro discorso.

il conferimento di mandato ad un comune rappresentante come fu detto per le società civili.

In quanto la parrocchia si consideri ente morale od amministrativo, e come tale debba essere rappresentato dal suo titolare nell'esercizio delle azioni civili, ricevono per essa applicazione le norme ordinarie suesposte (n. 46) non senza riguardo alle regole o consuetudini speciali esistenti in alcune provincie, in cui è organizzata una rappresentanza laica (fabbriceria, opera) della chiesa parrocchiale. Ma è stato ammesso da molte decisioni che il parroco possa agire in giudizio come rappresentante gli interessi spirituali dei parrocchiani; questo concetto fu applicato ad azioni intentate contro il comune per esigere da esso adempimenti di oneri di culto eliminati dal bilancio per regolari deliberazioni del consiglio comunale. Sembra che la massima sia grandemente errata. Il parroco è ministro del culto e potrà in astratto sentirsi il dovere di rappresentare gl'interessi spirituali della chiesa. Quanto agl'interessi spirituali dei singoli parrocchiani, non possono avere altri rappresentanti che gli stessi interessati, o chi sia munito di loro mandato. Quegli interessi spirituali, poi, i quali dovrebbero essere soddisfatti per opera e cura del consiglio comunale, non possono aver altra rappresentanza diversa dal consiglio stesso, costituito per libera scelta e fiducia dei cittadini, ai quali soli compete il sindacato sulla convenienza delle sue deliberazioni. Che se, per la natura particolare di un onere determinato, spetti al parroco, o ad altra designata persona, l'esercizio dell'azione *ex contractu* o *ex testamento*, per esigerne l'adempimento, è manifesto che l'azione sarà legittimata dalle risultanze speciali del titolo sul quale fondasi, non già dalla tutela degli interessi spirituali dei parrocchiani.

50. Sebbene non si tratti d'incapacità assoluta, nè relativa, può essere qui menzionato che le azioni relative al patrimonio privato del re non si esercitano direttamente da lui o contro di lui, ma sibbene da o contro l'amministrazione preposta ad esso. Questa regola si applica anche rispetto alla regina e ai principi della famiglia reale, per semplici motivi di convenienza, e non per ragioni di diritto

pubblico uguali a quelle che valgono per la persona del re; laonde l'eventuale inosservanza non potrebbe esser soggetta ad eguale rigore di sanzioni.

In forza della legge 13 maggio 1871 sulle prerogative del sommo pontefice e della santa sede, e specialmente in forza delle disposizioni degli art. 1, 3 e 7 della medesima, è preclusa la via ad esercitare azioni innanzi ai tribunali del regno, in confronto al sommo pontefice, per oggetti relativi al suo patrimonio privato; tale impedimento potrebbe essere tolto solo quando il papa, uniformandosi al nostro diritto pubblico ed esercitando la attribuitagli prerogativa esteriore di sovranità, costituisse un'amministrazione o rappresentanza del detto patrimonio, ovvero in singoli casi speciali autorizzasse l'accesso degli uffiziali giudiziari nei palazzi apostolici per l'esercizio del loro ministero, od anche, sempre in singoli casi, provvedesse a delegare persona per rappresentarlo attivamente e passivamente negli atti processuali. Quest'ultimo espediente non è del tutto ignoto alla pratica, sebbene non sia mai stato adottato in forma di perfetta legalità, cioè col riconoscimento aperto della autorità delle leggi e degli organi giurisdizionali dello stato.

CAPO V.

Degli atti e provvedimenti giudiziari in generale.

51. Le azioni civili sono svolte in giudizio mediante una serie di atti, la disciplina dei quali è argomento del codice di procedura. Tali atti, a seconda della loro natura, del momento processuale, o della sede in cui vengono compiuti, sono atti delle parti, dei loro procuratori, del magistrato, o degli altri funzionari e uffiziali dell'ordine giudiziario. Non è a questo punto inopportuno un cenno generale intorno ai medesimi, per tenere conto di alcune regole contenute nelle leggi, e per averne una nozione sufficiente, la quale aiuterà ad intendere le indicazioni che man mano se ne verranno facendo in seguito.

Talvolta le parti sono libere di comparire in giudizio da se stesse o per mezzo di mandatari. In altri casi il ministero del procuratore legalmente esercente è obbligatorio. Lo è nelle liti in materia civile innanzi ai tribunali ed alle corti di appello; non è obbligatorio nelle liti in materia commerciale, davanti i tribunali soltanto. Davanti i pretori ed i conciliatori si può comparire a mezzo di procuratore legalmente esercente, od anche di altro mandatario abilitato al patrocinio in questa sede; bisogna però distinguere fra le preture che hanno sede nel comune dove si trova un tribunale e le altre; nelle prime sono ammessi al patrocinio gli avvocati, i procuratori, i notai, i laureati in legge e coloro che hanno superato gli esami universitari pel diritto civile, pel diritto commerciale, per la procedura civile e per il diritto e la procedura penale. Nelle altre possono essere abilitati altresì coloro che giustificano una condotta incensurata e sono forniti di licenza liceale o di istituto tecnico, o di licenza normale superiore, o del diploma di segretario comunale, o infine che abbiano esercitato funzioni di cancelleria o segreteria presso le autorità giudiziarie, avendo però abbandonato tali uffizi. Così fu disposto negli art. 6 e 7 della legge 7 luglio 1901 a modificazione dell'art. 156 del codice di procedura civile, che lasciava a chiunque piena libertà di patrocinio innanzi le preture (1). Davanti la corte

(1) È notevole che la maggior parte dei requisiti richiesti per l'abilitazione al patrocinio presso le preture possono essere posseduti anche dalle donne, non escluse esplicitamente da tale funzione secondo il testo della legge 7 luglio 1901, malgrado le vivaci dispute già insorte circa l'ammissione delle donne al patrocinio forense.

Ognuno sa che la larghezza illimitata della disposizione dell'art. 156 del codice di procedura aveva fatto sorgere una classe di professionisti speciali ed extralegali, patrocinanti presso le preture. I significanti nomignoli con cui volgarmente suolsi qualificare questa classe di professionisti indicano il discredito, quasi sempre ragionevole e meritato, di cui essa è oggetto, massime in alcuni dei maggiori centri giudiziari. La legge 7 luglio 1901 si propose di rimediare all'inconveniente prodotto dal codice; ma in verità rimase a mezza strada. Essa non estirpò l'abuso, anzi in parte, riguardo al passato, venne a legittimarlo, disponendo nell'art. 8 che coloro i quali per la durata di cinque anni anteriormente alla legge avessero esercitato il patrocinio presso le preture possano ottenere abilitazione a *continuarlo*, anche se sforniti dei titoli menzionati nell'art. 7, *purchè provino la loro condotta incensurata*. Disposi-

di cassazione è obbligatorio il patrocinio di un avvocato iscritto nell'albo di quella magistratura (art. 522 cod. civ.) o di un professore di diritto di una delle università del regno (art. 15 legge 8 giugno 1874), ed occorre un mandato speciale. Per le amministrazioni dello stato queste regole sono sostituite dalla disposizione dell'art. 8 del r. d. 16 gennaio 1876, a norma del quale gli avvocati erariali e i loro delegati, a cui per l'art. 7 dello stesso decreto è esclusivamente affidato il patrocinio delle cause dello stato, non hanno bisogno di procura per rappresentare le amministrazioni in giudizio, ma basta che consti della loro qualità. L'ultimo capoverso del citato art. 8 stabilisce inoltre che dinanzi ai pretori e ai conciliatori le amministrazioni possono essere rappresentate dai propri funzionari che siano per tali riconosciuti. È da ritenere però che queste disposizioni non deroghino al bisogno di un mandato speciale, quando si tratta di compiere un atto di procedura per cui la legge espressamente lo richieda (deferire, riferire, od accettare giuramenti, far dichiarazioni di terzo, ecc.).

Il mandato di cui abbisognano i procuratori e gli altri mandatari delle parti deve essere presentato in giudizio, siccome è stabilito per ciascuna forma di procedimento. Esso deve essere in forma autentica o per scrittura privata autenticata nelle firme. Le amministrazioni dello stato nei casi in cui occorre, lo rilasciano semplicemente munito della firma del rispettivo capo e del sigillo d'uffizio (art. 48 cod. proc.) (1).

Non è necessaria la presentazione del mandato quando l'avvocato o il procuratore sottoscrive un *ricorso* a norma

---

zione equivoca e non necessaria, che quantunque transitoria, suscitò vive disapprovazioni nel ceto dei procuratori legali e non accontentò nemmeno coloro a cui vantaggio fu dettata.

(1) Davanti ai collegi dei *probi viri* istituiti con la legge 15 luglio 1893 le parti debbono comparire personalmente; in caso di malattia o di giustificata assenza possono farsi rappresentare da persona della propria famiglia, o da un operaio o industriale della rispettiva classe. Il mandato non esige forme speciali, bastando che ne sia data la prova in modo ritenuto dall'ufficio sufficiente (art. 32 della legge).

Davanti ai conciliatori è da ritenere che le parti possano essere rappresentate da qualunque persona, munita di mandato, autentico od autenticato, e civilmente capace. La legge 28 luglio 1905 prescrive che

del capoverso ultimo dell'art. 50 del codice. È però abusiva la pratica secondo la quale i ricorsi in sede di giurisdizione volontaria sono, in molte provincie, sottoscritti dai soli procuratori e non anche dalle parti. Quando manca la sottoscrizione di queste, crediamo che sia indispensabile il mandato autentico generale o speciale al procuratore.

52. L'atto introduttivo del giudizio è di regola la *citazione*. Per essa non occorre il ministero del procuratore, ma può essere fatta direttamente dall'usciere a richiesta della parte, pur essendo ammesso che il procuratore diriga la compilazione dell'atto, somministrandone la minuta all'usciere e abbia diritto al relativo onorario, secondo la tariffa annessa alla legge 7 luglio 1901 (1).

Gli atti coi quali le parti, di seguito alla citazione, svolgono e deducono in giudizio le rispettive ragioni, istanze e difese, hanno il nome di *comparse* e vengono comunicate fra i procuratori o fra le parti mediante consegna in udienza, o notificazione eseguita dall'usciere, o in altra forma stabilita dalla legge.

Le istanze che le parti presentano al giudice per ottenere quei provvedimenti che possono essere dati senza contraddittore hanno nome di *ricorsi*.

Hanno nome di *processi verbali* gli atti formati coll'intervento delle parti o dei loro procuratori, e coll'assistenza del cancelliere (art. 53), sotto la direzione del magistrato, per accertare un fatto il quale si svolge alla presenza del medesimo e per serbarne memoria e prova, onde giovi poi alle parti nel successivo corso della lite. Si fanno processi verbali per raccogliere le risposte ad un interrogatorio, le

---

questo mandato contenga la facoltà di transigere; requisito non giustificato per nessun verso; tanto meno ne è giustificabile una interpretazione così rigorosa da applicare la sanzione della nullità del processo al mancato adempimento di codesta formalità.

La legge 7 luglio 1901, citata nella nota che precede, lasciando senza disciplina il patrocinio avanti i conciliatori, ha una vera lacuna, che dà luogo nella pratica a gravi e deplorati inconvenienti.

(1) La legge 21 dicembre 1902 ha conferito agli uscieri delle corti, dei tribunali e delle preture il nome di *uffiziali giudiziari*, ed ha conceduto che per alcuni atti meno importanti si valgano dell'opera di *commessi*, sotto propria responsabilità. Noi continuiamo, per brevità, ad adoperare il nome generico di *usciere*.

deposizioni dei testimoni, la prestazione di giuramento della parte o del perito, per stabilire i risultati di un accesso giudiziale, per accertare quanto fu detto o fatto in un'udienza, per rilevare lo stato d'un documento impugnato di falso, ecc. In taluni casi è ammesso (art. 51) che le autorità giudiziarie assumano informazioni od accertino fatti sovra istanza di un cittadino e senza contraddittorio di altre parti, redigendo analogo processo verbale di attestazione, il quale però non ha efficacia probatoria definitiva, essendo semplicemente la dimostrazione *di una notorietà relativa* dei fatti a cui si riferisce, che può essere contraddetta con qualsiasi mezzo di prova.

Altri processi verbali sono formati dai cancellieri in presenza di una o più parti, ricevendone dichiarazioni o accertandone atti, in conformità al loro ministero. Altri sono redatti dagli uscieri, principalmente nei procedimenti d'esecuzione forzata.

I processi verbali siano ricevuti dai cancellieri con o senza la direzione del giudice, lo siano dagli uscieri, purchè nella cerchia delle rispettive attribuzioni e senza vizi di forma che ne producano la nullità, hanno sempre carattere e valore d'atti pubblici, onde non possono essere impugnati che con la querela di falso.

53. Nel corso del giudizio occorrono poi non pochi altri atti di diverse specie, la nomenclatura dei quali non gioverebbe allo scopo della rapida rassegna che qui andiamo facendo. Rimettiamo quindi la designazione loro alle particolari trattazioni successive, avvertendo sin d'ora che una serie di atti, che hanno nomi e caratteri speciali serve a quella fase del giudizio che ha il nome di procedimento esecutivo.

54. Per una grandissima quantità di atti giudiziali, fra la citazione e la sentenza, o fra questa e la consumazione del processo esecutivo, è richiesta dalla legge la formalità della notificazione, la quale consiste: *a)* nella consegna che si fa per opera dell'usciere (ufficiale giudiziario) di un esemplare dell'atto di cui si tratta, ad una delle parti od a chi la rappresenta, in seguito a richiesta dell'altra parte o del suo rappresentante; *b)* nel rilascio di un certificato

firmato dall'usciere, steso appiedi o in continuazione dell'atto notificato, in cui egli fa fede dell'eseguita consegna, colla data della medesima e con tutti gli altri particolari che servono ad identificarla e specificarla.

A questo effetto un atto giudiziario soggetto a notificazione deve essere redatto in tanti esemplari o copie quante le parti, compresa pure quella a richiesta della quale è notificato, poichè uno degli esemplari, munito del certificato di notificazione, è ad essa restituito dall'usciere per prova di averla eseguita. Il certificato è steso e firmato dall'usciere anche a piedi di ciascuna delle copie consegnate alle altre parti.

Ma come si eseguisce la notificazione? Lo scopo della medesima essendo di portare un atto a conoscenza della parte intimata, è mestieri che essa consista in alcuna formalità atta a produrre un grado non discutibile di certezza; la quale però, come ogni cosa umana, non può essere assoluta, ma proporzionata ai mezzi di cui nelle relazioni sociali è possibile disporre, pur dovendo essere la maggiore con quelli compatibile. Indi è che la *consegna* effettiva dell'atto dalla mano dell'usciere alla mano dell'intimato rappresenta la forma di notificazione più squisitamente certa, quella che la legge antepone a tutte e distingue col nome di notificazione *in persona propria*. Non sempre però essa è possibile, dovendosi prevedere il caso che l'usciere non trovi la persona, malgrado l'abbia cercata con diligenza nei luoghi dove è ragionevole cercarla. E se la legge prescrivesse come indeclinabile la notificazione *in persona propria*, egli è evidente che ogni debitore, ogni obbligato, renderebbe presto impossibile l'iniziamento e la prosecuzione degli atti di giudizio a suo carico sottraendosi alle investigazioni dell'usciere.

La *ricerca* della persona è dunque capitale condizione per eseguire le notificazioni; il *rinvenimento* di essa è accessorio, purchè la ricerca sia fatta con la diligenza dovuta. Quindi la legge impone che le notificazioni in generale siano fatte *personalmente;* ciò non significa *in persona propria,* ma dietro *ricerca* nei luoghi stabiliti (residenza, domicilio, dimora), e mediante *consegna* in uno di questi luoghi alla persona stessa se si trova, o ad un individuo di famiglia, ad un

vicino, ecc., se non si trova. In tali casi la notificazione presuppone la ricerca della persona dell'intimato e perciò dicesi eseguita *personalmente;* il certificato dell'usciere deve contenere la menzione della ricerca fatta e del suo risultato, con la indicazione del consegnatario dell'atto, affinchè la regolarità della notificazione possa essere sempre controllata. Le norme particolari per eseguire le notificazioni alle parti personalmente sono stabilite nel codice in forma specifica a proposito dell'atto di citazione (v. n. 245, 246). Esse servono di norma per ogni altra notificazione, come è espressamente dichiarato nell'art. 39 (1).

55. La certezza della notificazione è parimente assicurata, quando invece di ricercare la parte nel luogo dove secondo il suo stato e le sue abitudini è più probabile che si trovi, l'atto sia stato notificato in quello da essa particolarmente indicato a tal uopo. L'indicazione può farsi mediante la *elezione speciale di domicilio*, contemplata dall'articolo 19 del codice civile. Questa deve risultare da un atto scritto qualunque e può essere stabilita in occasione di un contratto, od anche indipendentemente da esso, per qualunque altro rapporto giuridico. Nell'aspetto processuale vuolsi però distinguere la elezione di domicilio fatta semplicemente *in un comune* (diverso da quello dove si ha il domicilio civile) da quella in cui alla designazione del comune (che può essere il medesimo in cui si ha il domicilio civile) si aggiunge l'indicazione di persona o di uffizio presso cui s'intende effettuarla. Nel primo caso manca un luogo speciale in cui cercare la persona o un consegnatario che possa ricevere in vece sua la notificazione; quindi

(1) In alcune leggi processuali (Svizzera, Austria, Germania, ecc.), la trasmissione degli atti a mezzo postale, con opportune cautele e discipline, è ritenuta idonea a supplire la consegna per mano d'usciere. Questo sistema non seppe ancora imitare il legislatore italiano. Giace sepolto negli archivi della camera dei deputati un progetto ministeriale del 1891, nel quale era proposta l'introduzione della utilissima riforma; esso però, con la complicazione delle formalità burocratiche, ne diminuiva immensamente i pregi.

In Francia (legge 15 febbraio 1899) fu adottato il sistema della notificazione *in piego chiuso* degli atti che l'usciere non riesce a consegnare nelle mani della persona cui sono destinati. Non pare che la prova di questo metodo sia riescita soddisfacente.

l'elezione non s'intende fatta che allo scopo di determinare la competenza. Nella seconda ipotesi è valida la notificazione alla persona od al titolare dell'uffizio presso cui si elesse domicilio, che si considera quasi come sostituito alla persona dell'intimato, seguendosi in confronto del domiciliatario le regole stabilite per la notificazione da farsi *personalmente*. Se cessa l'uffizio presso cui il domicilio fu eletto od il domiciliatario si trasferisce in altro comune, ovvero muore, cade l'effetto della indicazione e resta la semplice elezione nel comune. Ma simile forma di notificazione è sempre *facoltativa;* la legge (art. 40, 140) scolpisce chiaramente questo concetto, che d'altronde è razionale. Pertanto, la notificazione eseguita alla residenza, o al domicilio reale, od anche alla dimora e tanto più alla persona, in forma regolare, è sempre legale ed efficace, malgrado la avvenuta elezione di domicilio.

56. Il ministero dell'usciere, sebbene d'ordine esteriore, è di molta importanza, per la fede che va annessa a ciascuno dei suoi atti. L'abuso o la frode nei medesimi trarrebbero su falsa strada il magistrato e darebbero adito alle più gravi ingiustizie. Vi furono tempi in cui tali inconvenienti si verificavano quasi ogni giorno ed in ogni giudizio, costituendo una vera piaga nell'amministrazione della giustizia. Alcune legislazioni ricorsero allora all'espediente di sottoporre alla preventiva autorizzazione del giudice la esecuzione degli atti d'usciere, facendo obbligo ancora di riferire al giudice stesso sulla loro esecuzione. Il più efficace preservativo contro gli abusi è la scelta di un buon personale e l'esercizio di attiva sorveglianza, oltre il vincolo di una rigorosa responsabilità (1). L'interposizione del giudice fra le parti e gli uscieri ha per principale difetto di ritardare l'eseguimento degli atti: ond'è che nel nostro sistema si preferì di non introdurla (art. 41).

57. Per gli atti d'usciere è stabilito dal codice (art. 42) un orario, il cui scopo è quello di rispettare il tempo

(1) A questo provvede la legge sull'ordinamento giudiziario; nella pratica non si verificano in generale che piccoli e inevitabili inconvenienti, anche perchè la vigilanza diretta e immediata delle parti e dei loro procuratori è il migliore freno alle irregolarità.

destinato al riposo dei cittadini. Essi non possono essere eseguiti che fra le ore sette antimeridiane e le cinque pomeridiane dal 1° ottobre al 31 marzo, e dalle cinque antimeridiane alle otto pomeridiane dal 1° aprile al 30 settembre, *sotto pena di nullità*. La legge non ammette alcuna deroga al precetto così stabilito od alla sanzione che lo accompagna. Non si può dubitare quindi che qualunque atto eseguito fuori delle ore permesse, anche se sia stato espressamente autorizzato dal giudice, va dichiarato nullo. Tale sistema non ha esempio nè imitazione in nessuna delle leggi ora vigenti, e merita severa censura perchè assolutamente antiquato; ma fino a che non sia modificato è mestieri osservare il chiaro ed imperativo precetto. Alcune interessanti discussioni furono occasionate da sequestri conservativi eseguiti di sera sovra gl'incassi teatrali.

58. Parecchie legislazioni, a cominciare dalle più antiche, vietarono lo eseguimento degli atti relativi alla amministrazione della giustizia nei giorni festivi. Non così la nostra, la quale nei detti giorni (1) ha voluto concedere un certo riposo ai magistrati, dispensandoli dal sedere in udienze pubbliche (2), ma non ha tolto loro l'obbligo di prestarsi ad impartire i provvedimenti d'urgenza di cui potessero essere richiesti, come risulta dalla disposizione dell'articolo 304 del regolamento generale giudiziario e da quella correlativa del capoverso dell'articolo 297 riferibile al servizio delle cancellerie. Quanto agli atti d'usciere, essi sono tutti permessi nei giorni festivi se abbiano il carattere di semplici *notificazioni;* sono vietati solamente, e sotto pena di nullità, quegli atti d'esecuzione forzata che venendo compiuti mediante erezione di processo verbale, nella casa di colui che ne è colpito, con assistenza di testimoni ed anche con privazione della disponibilità, e talvolta della detenzione, di beni, alterano più gravemente la quiete e l'ordine interno della famiglia. Ma il riguardo di pura umanità dovea cedere davanti agli imperiosi dettami dell'urgenza; troviamo quindi disposto che anche simili atti, *col permesso*

(1) Sono i giorni indicati nel r. decreto 17 ottobre 1869 e nella legge 23 giugno 1874.

(2) V. articoli 103 e 107 del regolamento generale giudiziario.

dell'autorità giudiziaria, possano, per causa d'urgenza, essere eseguiti in dì festivo. Il diverso linguaggio tenuto qui dal legislatore (capoverso 2° dell'art. 42) conferma la più stretta interpretazione data al divieto di eseguire atti giudiziari nelle ore notturne.

59. Gli atti delle parti, eseguiti direttamente, o per opera di procuratori, avvocati, uscieri, cancellieri, hanno la meta e il coronamento loro nelle decisioni del magistrato. Avanti pure di addentrarsi nella analisi dei meccanismi del processo, è facile ad ognuno di comprendere come la deliberazione del giudice possa molte volte essere richiesta nel corso di una azione, e cioè prima e per oggetto diverso che non sia il decidere in definitiva il merito della controversia. Si vuole conseguire un provvedimento preliminare alla introduzione del contraddittorio; si vuole, a scopo di istruzione, far esaminare qualche testimonio; occorre di stabilire se sia falso od autentico un documento su cui fondasi la domanda o l'eccezione; in queste e in moltissime altre ipotesi devono necessariamente venire impartiti ordini e provvedimenti dal magistrato, emanate da lui decisioni sulle controversie *incidentali* che sorgono tra le parti; e tutto ciò senza peranco definire la lite. Vi ha poi una serie numerosa di altre deliberazioni che il magistrato deve prendere, nel corso del giudizio, od anche in assenza di contraddittore, o fuori dall'imminenza di una lite, o dopo decisa la controversia, nella sede d'esecuzione del giudicato. La varia natura di codesti atti, la differenza di scopi e di circostanze per cui sono posti in essere, rende indispensabile una classificazione delle deliberazioni dei magistrati pel duplice intento di sceverare quelle che possono essere date in forme brevi e semplici da quelle che richieggono la guarentigia di maggiori formalità, e di conferire chiarezza al linguaggio ed alle discipline della legge intorno agli effetti, all'autorità di ogni singola specie di deliberazione, ed ai rimedi contro di esse rispettivamente conceduti o negati.

60. Nel nostro sistema di procedura le deliberazioni emanate dai giudici singoli e dai collegi giudiziari sono classificate in tre categorie: *decreti, ordinanze, sentenze.* È

questa una delle parti della legislazione che si presenta meno perfetta; in primo luogo, perchè molte disposizioni particolari, sparse nel codice e in altre leggi, indicano certe deliberazioni giudiziarie col nome di *provvedimenti*, o non dànno loro nessun nome, laonde accade di rimanere perplessi circa la categoria cui vanno ascritte; in secondo luogo perchè, altre volte, i nomi sono applicati inesattamente; in terzo luogo, perchè delle *sentenze* manca ogni definizione nel codice e quella delle *ordinanze*, che insieme a quella dei *decreti* si legge nell'art. 50, non va esente da difetti. Nascono da tutto questo inconvenienti molteplici; e la loro gravità si sperimenta nella dottrina e nella pratica, specialmente quando si tratta di risolvere questioni relative all'uso dei mezzi di reclamo.

61. Sono *decreti*, giusta il mentovato art. 50, i provvedimenti dati dall'autorità giudiziaria sopra il ricorso di una parte senza citazione dell'altra. Soggiunge il citato testo che essi vengono scritti in fine del ricorso e consegnati in originale alla parte istante.

Servono i decreti, come si vedrà a suo luogo, in particolar modo per i procedimenti di giurisdizione volontaria. Nella contenziosa non è però infrequente il loro uso; basti per ora di avvertire che la caratteristica essenziale di tali provvedimenti sta nell'essere emanati sopra ricorso di una parte, non citata e non sentita la parte che avrebbe interesse di opporsi alla domanda. Per effetto di questo loro fondamentale requisito, che rende facile distinguerli da ogni altra specie di provvedimenti, non possono mai i decreti acquistare autorità di cosa giudicata o divenire irrevocabili; anzi non è escluso in veruna ipotesi che il decreto con il quale una domanda è respinta possa essere revocato o contraddetto dalla stessa autorità che l'ha emesso, sovra nuovo ricorso, *re melius perpensa*. Il decreto che accoglie un ricorso, se per caso tocca all'interesse d'un terzo e gli nuoce, potrà sempre da costui essere impugnato con discussione in sede contenziosa e quivi venire revocato o riparato.

62. Le ordinanze sono definite nel codice (articolo citato) per quei provvedimenti che si fanno *in corso di causa* dai presidenti, dai giudici delegati, dai pretori, dai

conciliatori, *sopra istanza di una parte e con citazione dell'altra, o d'uffizio* (1). Relativamente ai giudizi *collegiali* questa definizione, sebbene fondata su elementi estrinseci, serve di guida abbastanza sicura, giacchè intanto si può stabilire che le deliberazioni *del collegio* date in sede contenziosa non sono mai *ordinanze;* ma bensì possono essere *decreti* se emanati senza previa citazione d'altre parti, o nel contrario caso, sentenze. Però non deve essere trascurata l'osservazione che non sempre le ordinanze, anche nei giudizi collegiali, si dànno *in corso di causa;* bensì talvolta seguono alla lite già ultimata, come se ne ha l'esempio nel procedimento relativo alla liquidazione delle spese (art. 375 e seg.).

63. È necessario distinguere due categorie di ordinanze nella sfera di attribuzioni dei presidenti o giudici delegati.

La prima categoria comprende quelle emesse sovra questioni attinenti al merito della lite; e qui conviene suddistinguere il caso di accordo delle parti dall'altro di controversia fra esse persistente. Nel primo caso, purchè si tratti di provvedimenti *che non definiscano il merito*, ma siano soltanto *preparatorii*, come quelli relativi all'istruzione del giudizio, è di regola ammessa la forma dell'ordinanza nè si dà contro la medesima diritto d'impugnazione, appunto perchè l'accettazione preventiva del provvedimento la rende inoppugnabile. Nel secondo caso, sempre con la medesima avvertenza circa l'oggetto del provvedimento, è eccezionale la facoltà di pronunziare ordinanza; per regola la controversia incidentale deve essere decisa dall'organo investito della giurisdizione plenaria sul giudizio, cioè dal collegio. E quando in via di eccezione la legge consente che il presidente o giudice delegato pronunzi ordinanza, questa può essere impugnata *con reclamo* al collegio; il reclamo provoca l'esercizio della giurisdizione plenaria del-

(1) Una specie eccezionale di ordinanza, emanata *in collegio*, fu introdotta dalla legge 31 marzo 1901 con la disposizione dell'art. 2, per il caso in cui sia disposta dal tribunale o dalla corte d'appello la continuazione d'una causa a procedimento formale (v. n. 316). Non è però la sola; anche nell'art. 52 del codice, sebbene non ne sia scritto il nome, è additato un caso di ordinanza da emettersi *in collegio* (ultimo capoverso del citato articolo).

l'organo competente, attestando il non appagamento per la pronunzia dell'organo delegato; e perciò la discussione e decisione sul reclamo ha il carattere di un giudizio di *primo grado*. La ordinanza in questi casi è, adunque, un provvedimento provvisorio, dato nell'esercizio di una giurisdizione *interinale;* che attinge forza definitiva e convalidazione dall'accettazione posteriore delle parti o dalla pronunzia del collegio sul reclamo, anzi la pronunzia collegiale (sentenza) assorbe e sostituisce l'autorità dell'ordinanza, non solo quando la revoca o la modifica, ma anche quando la conferma.

La seconda categoria comprende ordinanze per loro natura non soggette a reclamo, le quali sono meramente *ordinatorie* del giudizio; così, ad esempio, quelle che dispongono differimenti nella trattazione della causa, che stabiliscono termini per deposito o comunicazione di documenti, che provvedono per la radiazione dal ruolo di spedizione, che rimandano a udienza dopo atti d'istruzione, e simili. Queste ordinanze, che non pregiudicano il merito, nè alcuna questione ad esso attinente, sono estrinsecazioni del potere disciplinare e direttivo di cui, per ragione del suo ufficio, è investito il capo del collegio o il giudice che compie certi atti in virtù di una particolare delegazione. Esse hanno una funzione processuale molto importante dopo la legge 31 marzo 1901 sul procedimento sommario, come si dimostrerà a suo luogo.

64. Rispetto alle ordinanze dei giudici *singoli,* ed in ispecie dei pretori, è da osservare che la definizione della legge confonde i loro caratteri con quelli delle *sentenze interlocutorie* o *provvisionali.* Il pretore infatti pronunzia sempre *da solo*, sicchè manca affatto la distinzione esteriore che è facile segno di riconoscimento delle ordinanze nei giudizi di competenza collegiale. D'altronde non può contro le *ordinanze* del pretore darsi il rimedio del *reclamo,* che verrebbe proposto allo stesso giudice dal quale è stata resa la ordinanza e non offrirebbe veruna nuova e maggiore guarentigia. Al che ponendo attenzione, la dottrina ha esattamente stabilito il principio che i giudici singoli non pronunciano mai ordinanza quando risolvono *un punto*

controverso fra le parti, se pure ciò avvenga *in corso di causa,* ma bensì sempre lo decidono *con sentenza.* Solo quando le parti siano d'accordo, o quando si tratti di dare un provvedimento interinale urgente sopra materia da decidere poi con regolare contraddittorio dall'autorità competente (*es.* art. 572 codice di procedura e 871 cod. di comm.) e la legge autorizzi a pronunciare *ordinanza,* questa sarà proferita dal pretore o dal conciliatore. È evidente poi che nell'ipotesi di concordia fra i litiganti, il provvedimento non rimane soggetto alla possibilità d'alcun rimedio, così che in simili casi anche il giudice singolo può proferire ordinanze, nel corso del giudizio.

Diciamo in genere, *quando la legge autorizzi a pronunciare ordinanza;* poichè non sempre le deliberazioni di cui è parola vengono formate *nel corso di una causa,* ovvero si riferiscono ad una causa per la quale sia competente il pretore o il conciliatore. La analisi diligente e minuta di tutti i casi, qui prematura, è il solo mezzo idoneo a superar gli ostacoli e dileguare le ambiguità.

65. Della *sentenza* si cerca invano la definizione nel codice; il silenzio del legislatore fu meditato, avendo egli voluto evitare gli inconvenienti nei quali caddero altre leggi, seguendo sistema diverso. Per rendercene chiara, almeno estrinsecamente, la nozione, noi dobbiamo anche qui mantenere la distinzione dei giudizi singolari dai collegiali. Riguardo alle deliberazioni dei pretori e dei conciliatori, si può dire con sicurezza che esse si debbono qualificare *sentenze* allorchè rispondono all'una od all'altra delle due condizioni seguenti:

1° se deliberano sovra un punto *controverso* fra le parti, sia pure *in corso di causa,* salvo il caso dei provvedimenti *interinali* accennati nel numero precedente, o quelli in cui la legge prescriva espressamente la pronunzia di una ordinanza (*es.* art. 438, 441);

2° se decidono *in via definitiva* una lite, o una parte di essa, anche quando le parti siano state concordi sul tenore della decisione.

Ad illustrare le regole così esposte convengono brevissime osservazioni. Anzitutto ogni sentenza deve essere

preceduta dal contraddittorio od almeno dalla *possibilità di esso*, che è quanto dire dalla *citazione* di colui contro il quale la domanda fu proposta. Le sentenze poi possono anche essere non *definitive*, ma semplicemente *interlocutorie* o *provvisionali*. Ma una sentenza interlocutoria o provvisionale è data dal giudice singolo solamente quando vi sia controversia; se questa manca, egli provvede con ordinanza.

66. Per i giudizi *collegiali* è con altrettanta certezza da stabilire che *le deliberazioni prese in collegio* sono *sentenze*, quando siano state precedute da *contraddittorio* o da *citazione*. In caso contrario potranno essere *decreti* ma non *ordinanze*, in conformità a quanto abbiamo già osservato.

Non occorre pertanto investigare se la sentenza pronunci sovra un punto *controverso* o *concordato*. Qualunque decisione *interlocutoria*, *provvisionale*, o *definitiva*, che il collegio pronunzia in sede contenziosa ordinaria dev'essere qualificata per sentenza, con eccezione tassativa per i pochissimi casi singolari in cui per disposizione di legge deve essere pronunziata ordinanza. Mentre poi vi sono sentenze eccezionalmente pronunziate senza preventivo contraddittorio (dichiarazione di fallimento, ecc.).

67. Non sarà senza utilità dire in breve che cosa si intenda rispettivamente per sentenza *interlocutoria*, *provvisionale*, *definitiva*. Quando per aprire la via alla deliberazione finale su una domanda occorra una pronunzia *preparatoria* od *incidentale*, occorra cioè ordinare determinati atti d'istruttoria, o di rimuovere una eccezione o controversia preliminare che opporrebbe impedimento logico alla disamina del *merito* della domanda, questa pronunzia si chiama *interlocutoria* (in senso lato); quando in pendenza di un giudizio occorra di dare provvedimenti di custodia, o conservazione, o di accordare per motivi di somma equità un'anticipata e transitoria esecuzione alla domanda principale o ad una parte di essa (*es.*, la domanda di assegno alimentare in pendenza di un giudizio divisionale, od altro) la pronuncia ha il nome di *provvisionale*. Le sentenze *definitive* sono per ultimo quelle che pongono termine *al giudizio;* non importa se deliberano *sul diritto*, accogliendo o

respingendo la domanda giudiziale, o se lasciano sospesa la statuizione sul medesimo, accogliendo una eccezione *dilatoria del merito*, o *perentoria della procedura* (d'ordine).

68. Seguendo la pratica antica, il codice francese e quasi tutte le leggi di procedura posteriori, tennero in conto speciale la classificazione delle sentenze; vi troviamo distinte le *preparatorie*, le *interlocutorie*, le *provvisionali* e le *definitive*. Le discipline relative alla potestà, al tempo e al modo di reclamarne, e specialmente di ricorrere in appello, sono diverse per le varie specie. Non essendo però possibile conferire ai criteri distintivi un'assoluta certezza od immutabilità, niuna parte del diritto processuale fu più feconda di controversie.

Il nostro legislatore non solo non ha definito la sentenza, ma neppure ha attribuito diversità di effetti alle differenti specie; tutte le sentenze sono appellabili, salvo i casi d'inappellabilità dichiarati dalla legge. E così dicasi quanto agli altri mezzi d'impugnarle, i quali sono a tutte comuni.

CAPO VI.

Garanzie degli atti di procedura. — Forme e termini.

69. Abbiamo già notato essere cura precipua della legislazione processuale di disciplinare gli atti giudiziari per guisa che siano indirizzati allo scopo di scoprire la verità; a siffatto intento stabilisce per essi la legge *forme* e *termini* che i litiganti debbono rispettare. Se nelle forme e nei termini sta adunque la garanzia giuridica del processo, non è di lieve momento la loro osservanza, nè può essere lasciato all'arbitrio delle parti di concedere o negare ossequio alle discipline rituali. Le sanzioni delle forme e dei termini di procedura stanno rispettivamente nelle *nullità* e nelle *decadenze;* non è mestieri diffondersi in discorsi preliminari per dimostrare l'importanza di questa parte del nostro studio.

70. È a dire in primo luogo delle *nullità*. La nullità di un atto, dipendente dalla mancata osservanza delle forme

per esso stabilite dalla legge, consiste nel considerarlo come inesistente, ed improduttivo degli effetti giuridici a cui era destinato. Un primo e superficiale esame dell'argomento guiderebbe ad accogliere una teoria molto severa. Dal momento che tutte le regole del codice di procedura hanno un fine coincidente con le mire della giustizia, qualunque trasgressione alle medesime dovrebbe rendere privo d'effetto e quindi nullo l'atto viziato. Tanto rigore, che non è ignoto alla storia dei sistemi processuali, si presenta per sè eccessivo, e non servì mai a intenti di giustizia. Vi sono circostanze nelle quali i vizi di un atto non gli impediscono di raggiungere lo scopo suo; d'altronde, fra le norme del procedimento, prevalgono certamente quelle che hanno a scopo esclusivo la protezione del particolare interesse dei contendenti, i quali ben possono rinunciare alla più severa protezione della legge, se invece di conseguirne profitto, la considerino in qualche circostanza un peso molesto ed ingombrante.

Alcune leggi, tenendo presente soltanto la utilità dei litiganti, e volendo che la protezione conceduta ad uno non degeneri in vessazione a carico dell'altro, ammisero che per motivi d'equità o per consenso delle parti, tutte le infrazioni alle leggi di procedura, relative ai termini ed alle forme, potessero ottenere sanatorie dal prudente arbitrio del magistrato. Tale il sistema che la legislazione austriaca, anche nel recente regolamento di procedura civile, e la germanica, seguendo le tradizioni giuridiche tedesche, concretarono nell'istituto della *restituzione in intero*. Esso però favorisce, se non la mala fede, almeno la negligenza, e lascia talvolta soverchia larghezza all'arbitrio del giudice. Il nostro legislatore si volle tener lontano da entrambi gli estremi, ponendo il principio fondamentale che *non tutti* i vizi di forma degli atti subiscano la sanzione della nullità.

71. Ma quali saranno i casi in cui questa sanzione deve andare applicata? Qui il problema rendesi più grave. Perchè, se da un lato non si vuole lasciare senza guida nè freno la discrezione del magistrato, da altro lato il legislatore non è in grado di porsi innanzi un quadro completo di tutte le infinite combinazioni, per le quali gli

atti di procedura sono esposti a cadere in qualche vizio od omissione, che per la sua gravità debba condurre a conseguenza estrema, e dichiarare tassativamente, caso per caso, tutte le possibili nullità. Imitando l'esempio dei codici sardi (1), il nostro distinse gli elementi *accidentali* degli atti da quelli *essenziali*. « L'essenza degli atti di procedura (leggesi nella relazione Pisanelli) si determina dalla loro natura e destinazione. Un atto in cui mancano gli *elementi* senza dei quali degenera in una *natura essenzialmente diversa* o mancano le *condizioni*, ossiano i *mezzi necessari* per raggiungere lo scopo al quale sia predisposto ed ordinato dalla legge, manca della *forma essenziale* ». Quanto alle formalità accidentali, esse consistono in quella « *serie di accessorie garanzie e precauzioni* » che, in correlazione alla specie ed all'importanza di ogni singolo atto, sono rispetto ad esso stabilite, « *sempre allo stesso scopo, quello d'impedire errori e pericoli funesti per gli interessi dei cittadini* » (2).

72. La distinzione tra gli elementi o le forme *sostanziali* e gli elementi o le forme *accidentali*, in relazione agli

---

(1) Codice sardo 1854, articoli 1120 a 1125; codice 1859, articoli 1156 a 1161. I codici sardi ebbero per modello in questa parte il codice parmense, articoli 152 a 159. Si possono vedere anche e confrontare le disposizioni dei codici napoletano (art. 1105 a 1107), toscano (art. 1125), estense (art. 116), e del regolamento gregoriano (§§ 408 a 411). Il codice francese (articoli 1029 a 1031) obbedì al concetto di negare al giudice ogni arbitrio, rivendicando quindi al legislatore il còmpito di dichiarare tutte le nullità. I suoi interpreti, scrittori e magistrati, restrinsero però il valore di questo principio, introducendo il concetto che, oltre le nullità dichiarate dalla legge, debba e possa il giudice pronunziare quelle che dipendono da violazione od omissione di forme sostanziali. Più felice il codice di Ginevra che non negò un potere discrezionale al magistrato, ma lo sottopose alla condizione che si sia verificato un danno per cagione del vizio processuale.

(2) Non si deve tacere che, se è giusta la distinzione fra le forme *essenziali* e quelle *accidentali* degli atti di procedura, questa definizione delle seconde data nella relazione Pisanelli è ben poco soddisfacente; imperocchè sarebbe molto strano che il legislatore avesse negato (e non potrebb'essere che a capriccio) la qualifica di *essenziali* (meglio sostanziali) a forme che preservano da *errori e pericoli funesti*. La verità è che sono accidentali quelle forme in assenza delle quali l'atto non perderebbe tuttavia la idoneità al suo fine; le quali pertanto hanno un valore giuridico secondario e complementare.

effetti per i quali è stabilita, potrebbe essere intesa in modo equivoco da chi leggesse senza la dovuta ponderazione il primo e il secondo alinea dell'art. 56, così concepiti:

« Non può pronunziarsi la nullità di alcun atto di cita-
« zione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia
« *dichiarata dalla legge.*

« Possono tuttavia annullarsi gli atti che manchino
« degli elementi che costituiscono l'essenza ».

Risulta, dalla seconda di queste regole, che la mancanza di elementi sostanziali autorizza il giudice a pronunciare la nullità dell'atto, *quantunque non sia dichiarata dalla legge.* Quindi è breve il passo per supporre che tutte le nullità dichiarate dalla legge abbiano relazione alla mancanza di elementi accidentali e che nessuna *esplicita sanzione* colpisca mai quella degli elementi sostanziali. E poichè la legge, chiaramente, dà al giudice la facoltà, non gli impone l'obbligo, di annullare l'atto giudiziario in quest'ultima ipotesi, mentre da altra parte non è dubitabile la vitale importanza degli elementi essenziali e l'inferiore pregio di quelli *accidentali*, si potrebbe credere che la legge, contravvenendo alla logica, abbia protetto con più efficace provvedimento ciò che meno meritava protezione, e viceversa.

Ma ciò non è. La classificazione degli elementi accidentali e sostanziali, astrattamente esatta, non corrisponde poi in fatto ad una divisione fra elementi presi in espressa considerazione dalla legge, ed elementi di cui questa taccia del tutto. Il codice e le altre leggi che regolano le forme degli atti giudiziari stabiliscono di quali elementi questi debbano essere costituiti, tenendo in contemplazione, prima di tutto, la loro sostanza, cioè le necessità inseparabili dal fine che devono raggiungere. Indi regolano anche le utilità accessorie o complementari che giovano alla maggiore perfezione dei medesimi. E quando la legge dichiara la nullità dell'atto per violazione di qualche precetto relativo alla sua forma, in generale è determinata a tal rigore dalla considerazione che il vizio derivatone corrompe la sostanza medesima dell'atto e gli impedisce di raggiungere il proprio fine. Tanto che essa poi elimina il rigore della sanzione

di nullità, quando si verifichi in fatto che il fine dell'atto giudiziario fu raggiunto, malgrado la imperfezione sua. Vedansi, a cagion d'esempio, le disposizioni sulla nullità dell'atto di citazione (n. 254); è intuitivo che tutte, o presso che tutte, le sanzioni dell'articolo 145 mirano ad altrettante ipotesi di mancanza d'elementi essenziali. E vedasi la regola dell'articolo 190 che dalla comparizione del convenuto fa nascere la convalidazione dell'atto, comunque viziato (n. 346).

73. Se non che, la immensa varietà e la complessità degli atti giudiziari, a ciascuno dei quali si richiede a seconda del caso e delle circostanze cui deve servire un particolare adattamento di elementi e di forme, impedivano al legislatore di classificare nel codice tutti gli elementi che in ogni singola ipotesi sono sostanziali all'atto; anzi impedivano perfino di prevedere tutte le forme derivate e secondarie che possono assumere gli atti di un processo, per servire ai fini rispettivi. Non è impossibile che le sanzioni di nullità stabilite dal legislatore, ad onta della più scrupolosa diligenza siano insufficienti a tutelare le ragioni della giustizia in casi nei quali il vizio di un atto, non esplicitamente considerato dalla legge, valga nondimeno a togliere la efficacia giuridica cui è destinato e formi ostacolo reale ed assoluto alla difesa dell'altra parte. Fu indispensabile, dato questo sistema, lasciare al giudice un ufficio discrezionale, perchè, esaminando la qualità e lo scopo di ciascun atto in correlazione con le sanzioni della legge e con la forma di cui è rivestito, vegga e decida se, a parte i vizi preveduti e colpiti dalle comminatorie legali, si noti la mancanza di alcun particolare necessario elemento integrante l'essenza dell'atto; e vegga e decida altresì se tale mancanza debba portare all'estrema conseguenza dell'annullamento. La *facoltà* data al giudice, per siffatto annullamento, si spiega in questo senso: che egli indaga non solo se il difetto censurato nell'atto esista e corrisponda alla mancanza di una delle forme che, a seconda del caso particolare devonsi ritenere sostanziali; ma accerta pure la conseguenza materiale prodotta dall'atto; imperocchè, qualora il suo fine fosse stato raggiunto, vale a dire il

difetto non avesse impedita la difesa della parte avversaria, svanirebbe ogni ragione di giustizia e di opportunità per l'annullamento.

74. Tale il sistema compendiato nei due paragrafi dell'art. 56 riferiti dianzi; esso non è sicuramente il migliore possibile; ma, data la difficoltà della materia, può riconoscersi non manchevole di pregi, a condizione che il suo funzionamento sia guidato da criterio razionale e temperato. Ne dobbiamo desumere la conclusione che il precetto dettato nel secondo dei detti paragrafi fornisce una norma o una garanzia *sussidiaria* e *complementare* a quella fondamentale contenuta nel primo; sia perchè la osservanza delle forme stabilite espressamente dalla legge fa presumere in via di massima che l'atto giudiziario contenga ogni elemento richiesto affinchè il suo fine sia esattamente conseguito; sia perchè sarebbe del tutto tergiversatorio, ed anzi ingiusto, discutere della validità di un atto e della sua formale perfezione quando è già certo che non ha alcun vizio colpito da espressa sanzione di nullità e che ha prodotto il legale suo effetto malgrado quella qualunque imperfezione che vi si possa notare.

Il magistrato deve usare pertanto con la massima parsimonia, e col più severo scrupolo, della facoltà conferitagli nel primo capoverso dell'art. 56; e specialmente deve ricusarsi ad accogliere le dilatorie eccezioni di nullità nei casi in cui non possa convincersi che il vizio dell'atto abbia impedito all'altra parte di far valere utilmente le proprie difese o le proprie ragioni.

75. Il difetto di qualche elemento, accidentale o sostanziale, per cui la legge commini la nullità di un atto, pone in obbligo il giudice di farne rilievo e di applicare senz'altro la sanzione dettata nella legge?

Decidendo in via affermativa su questo punto, il legislatore si sarebbe posto in contraddizione palese coi principii informatori del codice in generale e del sistema delle nullità in particolare. Di regola, le garanzie giudiziarie sono offerte ai cittadini e messe alla loro disposizione perchè se ne valgano a difesa dei proprii diritti, se e come lo giudicano conveniente. D'altronde è provveduto, come sappiamo,

a che niun incapace sia esposto senza valida rappresentanza od assistenza alle difficoltà della lotta in giudizio. Dovea quindi prevalere anche qui l'influenza di codeste capitali considerazioni (capov. ultimo dell'art. 56). La legge predispone le comminatorie di nullità a presidio dei litiganti; a costoro il còmpito e la libertà di profittarne. Onde la massima che niuna dichiarazione di nullità possa essere pronunciata *se non sopra domanda di parte*. Tuttavia, per la funzione che il potere di giurisdizione esercita nel rapporto processuale, parve logico attribuirgli, in pochi casi eccezionalissimi, un diritto e un dovere di difesa dell'ordine e della forma dei giudizi, a pubblica guarentigia della retta amministrazione della giustizia civile; vale a dire, per rilevare d'ufficio la violazione di certe forme, di cui la ragione e il fine fecero stimare che la necessità del loro rispetto fosse indipendente dal beneplacito dei litiganti. Ma, ad evitare il pericolo di abusi, una sanzione non si intende compresa in siffatta categoria se non risulti esplicitamente che il legislatore ve l'ha ascritta. E però, quelle sole nullità possono, in omaggio a un interesse superiore e generale, essere pronunziate *d'uffizio*, cioè *senza domanda di parte*, per le quali la legge ne abbia fatto obbligo al magistrato. Valga d'esempio il divieto di proporre *domande nuove* in grado di appello, che è espresso nell'art. 490, per mantenere l'osservanza del doppio grado di giurisdizione, regola fondamentale e guarentigia pubblica del nostro sistema giudiziario civile.

In un'altra ipotesi, ancora, ma per diverso ordine di ragioni, il giudice dichiara le nullità, nel concorso delle necessarie condizioni, senza domanda di parte. E ciò precisamente nel caso di contumacia (art. 192); di che sarà trattato altrove (n. 353).

76. Per proporre una domanda di nullità, come per qualsivoglia diversa istanza od eccezione, occorre avervi *interesse*. Questo estremo non si verifica in tre casi: 1° quando una formalità sia stabilita dalla legge a protezione speciale d'una delle parti (dell'attore o del convenuto, di un litigante minorenne od altrimenti incapace, ecc.) e l'altra intendesse opporne la violazione o l'omissione; 2° quando la nullità venisse opposta da quella stessa delle

parti che vi ha dato causa (1); 3° quando l'interessato legittimo la opponesse dopo avervi già validamente rinunciato in modo espresso o tacito.

In ciascuno di questi casi è esclusa dal codice, con espresso divieto (art. 57), la dichiarazione della nullità. Dobbiamo però tener presente che la regola, evidentemente giustissima, non concerne quelle nullità che devono essere pronunziate anche *d'uffizio*, poichè l'obbligo del giudice non vien meno rispetto ad esse per le circostanze suaccennate.

77. Qual è l'effetto della nullità dichiarata, sia relativamente al processo a cui appartiene l'atto nullo, sia sopra l'atto medesimo?

Essendo il processo costituito da una serie di atti, è chiaro che quello nullo può averne di antecedenti e di consecutivi. È altresì logicamente perspicuo che un atto non può congiungersi con effetto a quelli che lo precedettero, se non in quanto sia valido. Ove sia nullo, cioè come non eseguito, lascia questi intatti ed impregiudicati. Quanto ai consecutivi, convien distinguere: od essi *dipendono* dall'atto dichiarato nullo, ed allora è forza che ne seguano la sorte, non potendo da un atto nullo acquistare consistenza e validità atti ulteriori *(quod nullum est, nullum producit effectum)*. Se sono *indipendenti*, giustizia vuole che conservino la loro efficacia. Suppongasi che dopo aver fatta assumere una prova testimoniale sovra un punto di controversia, si porti in giudizio un documento che dia la prova del medesimo fatto; e che poi la prova testimoniale sia, per un motivo qualunque, dichiarata nulla. Forse che rimarrà infirmata per questo la validità della presentazione posteriore del documento? No, perchè si tratta di atto indipendente da

---

(1) A prevenire equivoci, che non mancano, ad es. in Francia, si ripete che le regole esposte concernono solamente le *forme degli atti processuali*. Per quel che riguarda i diritti *in loro stessi* ed in particolare la *capacità di agire* e le *forme degli atti contrattuali*, provvedono il codice civile e le altre leggi. Alcune nullità relative, per espresse disposizioni di legge, nel campo del diritto materiale, possono essere opposte anche, talvolta, *da chi vi ha dato causa* (articoli 137, 227, 322, 335, 341 codice civile), ma sono sanabili pel silenzio di coloro cui la legge riserva il diritto di opporle; ed altre, assolute, sono pure opponibili dai terzi (art. 1314 codice civile, ecc.).

quello annullato. Se invece supponiamo che sia dichiarata nulla la citazione introduttiva del giudizio, cadranno insieme ad essa tutti gli atti che l'hanno seguìta, essendo la citazione il fondamento od il punto di partenza di tutto il processo, il quale perciò dipende da essa per virtù di un vincolo indissolubile (art. 58).

78. A proposito dell'atto che viene dichiarato nullo, abbiamo solamente da ricercare se possa o no il medesimo venire poi in valida forma rinnovato. Per poco che si rifletta è agevole intendere che la nullità processuale è pena contro il vizio di forma; essa può impedire che l'atto serva a far valere il diritto od a portare all'esercizio dell'azione quel contributo cui era destinato; ma non deve *estinguere il diritto*, poichè codesto eccederebbe dai naturali e giusti confini della sanzione. Anche i legislatori che accolsero la massima di ritenere causa di nullità qualunque contravvenzione alle leggi di procedura, si guardarono bene dal cadere in una simile esagerazione quanto alle conseguenze della nullità. È così che tanto nel § 408 del regolamento gregoriano, come nel capoverso dell'articolo 58 del nostro codice trovasi ugualmente stabilito che l'atto nullo *può di regola essere rinnovato;* e così è stato ammesso senza differenza in tutti i sistemi di procedura. Vien fatta per altro una eccezione, che il nostro codice, al pari di altri, espressamente dichiara; e cioè, la rinnovazione dell'atto non può aver luogo *se sia frattanto trascorso il termine perentorio per farlo.* Che cosa significhi la designazione di « termine perentorio », lo vedremo subito qui appresso. Per chiarire il senso della disposizione basti un esempio. La legge stabilisce che non si possa appellare se non dentro un termine perentorio a partire dalla notificazione della sentenza. Se la citazione d'appello fatta dentro il termine è nulla, essa si considera come *non fatta*, quindi non v'è appello. *Prima che il termine scada* potrà tuttavia esserne fatta *un'altra nuova;* ma *dopo scaduto il termine*, a cagione della perentorietà sua, non è più possibile l'esercizio di codesta facoltà.

79. Le *spese* di un atto nullo sono a carico di chi lo ha posto in essere. Questa è una massima che il nostro codice non ha nemmeno reputato necessario di sancire in

apposita disposizione, che pur in altri si trova, dovendosi dedurla dalle norme generali relative alle spese di giustizia. Ma per l'ipotesi particolare che la nullità di un atto o di un procedimento dipenda dal fatto o dalla negligenza di un cancelliere od usciere, è stabilito in termini formali che debbano le spese starne a loro carico. La legge parla di *nullità imputabili*, onde ricorrono qui le regole comuni del dolo e della colpa. Notisi che in pratica, specialmente rispetto agli uscieri, la questione del limite della loro responsabilità è molto delicata; imperocchè non sempre gli atti del loro ministero sono da essi medesimi redatti; di ciò torneremo ad occuparci parlando della citazione. L'art. 59, dopo aver dettata questa sanzione, aggiunge inoltre la comminatoria di una pena pecuniaria da lire dieci a lire centocinquanta, e di più il risarcimento dei danni alle parti. Il testo citato parla di *ufficiali* in via generica; sotto questo nome non sono compresi i procuratori *ad lites*, essendo chiara nel vicinissimo articolo 61 la distinzione fra *ufficiale* (cancelliere od usciere) (1) e *procuratore;* il che non toglie che i procuratori siano verso i loro clienti responsabili e pei principii che regolano il *mandato* e per le disposizioni degli art. 1151 e 1152 del codice civile.

80. Detto delle *forme* rimane a trattare dei *termini*. Essi costituiscono guarentigie di procedura sotto vari e differenti aspetti. Anzitutto la giustizia esige che le liti abbiano un corso sollecito ed una definizione abbastanza pronta, compatibilmente colle speciali esigenze del loro oggetto e del loro svolgimento. Onde i termini apposti al compimento dei singoli atti del processo giovano intanto ad impedire che la mala volontà o l'incuria di una delle parti nuoccia all'altra, ritardandole quei risultati che essa attende dal giudizio; e ad impedire altresì che il mal talento o la negligenza di procuratori o di giudici rendano eterne le controversie con grave iattura degli interessati. In secondo luogo,

(1) Si avverta che l'applicazione del titolo di *ufficiali* anche ai *cancellieri* non consuona al linguaggio dell'art. 6 della legge sull'ordinamento giudiziario, che lo riferisce agli uscieri esclusivamente. Una improprietà simile, e più grave, si riscontra nell'articolo 212, in cui col titolo di *ufficiali* sono designati anche i *magistrati*.

è principio di giustizia che una parte non assalga l'altra e la stringa precipitosamente coi proprii atti senza lasciarle un tempo congruo per preparare ed esporre le sue difese, non meno all'esordio che nelle fasi ulteriori del litigio. Così i termini servono a prevenire il sopruso e l'insidia. In terzo luogo è pregio di un buon sistema giudiziario che l'uso di certe facoltà processuali sia limitato nel tempo e che l'indugio al di là del limite fissato tolga il diritto di spiegarle. Ne abbiamo la più importante applicazione nei termini per impugnare le sentenze, trascorsi i quali sorge l'autorità della cosa giudicata coi suoi gravissimi effetti.

I termini dunque sono, quanto allo scopo per cui vengono stabiliti, di tre sorta: termini *dentro i quali* deve essere compiuto un atto *(comminatorii);* termini *dopo i quali* può un atto venire eseguito *(dilatorii);* termini dopo i quali *non può ulteriormente* essere eseguito *(perentorii).*

La differenza tra la seconda specie e le altre due è troppo rimarchevole per aver bisogno di spiegazioni. Quella fra i termini *comminatorii* ed i *perentorii* consiste, come pur facilmente si rileva, soltanto nell'effetto della *decadenza* che fa seguito ai secondi ma non ai primi. In proposito di che basta avvertire che il legislatore assegna i termini come *comminatorii* o come *perentorii*, non già ad arbitrio, ma bensì tenendo conto dello scopo che occorre di conseguire in relazione all'atto di cui si tratta. Quando un termine è semplicemente *comminatorio*, la parte interessata può renderlo in certa guisa *perentorio*, compiendo gli atti che ha facoltà di eseguire subito dopo la scadenza di quel termine, e così togliendo all'avversario la possibilità di fruirne più oltre. Che se essa a ciò non s'affretti, il periodo utile per il suo avversario rimane ancora aperto, sino al giorno in cui rendendosi diligente la parte interessata ne operi la chiusura. Il termine *perentorio* si chiude invece *da se stesso,* vale a dire senza bisogno d'alcuna diligenza della parte che se ne avvantaggia.

81. La inosservanza di un termine perentorio dà luogo a più gravi conseguenze. L'articolo 46 dopo aver fornito una nozione generale in proposito, statuendo che sono perentorii i termini *scaduti i quali la legge stabilisce la decadenza o la nullità,* fa espresso divieto alla *autorità giudiziaria* di *pro-*

rogarne la durata, salvi i casi eccettuati dalla legge. Tale divieto serve a mantenere intatto il carattere della perentorietà. Da questa stessa disposizione del citato articolo è dunque additata la distinzione di due classi di termini perentorii: quelli *prorogabili* e quelli *non prorogabili*. Può sembrare che la *prorogabilità* contraddica all'effetto perentorio del termine. Ma l'osservazione è prevenuta dalla legge medesima, la quale (art. 47) permette di accordare proroga, quando la natura del termine lo consenta, soltanto *innanzi la scadenza* del suo periodo normale. Questo compiuto, la decadenza o la nullità si è verificata e di proroga riescirebbe assurdo parlare.

Inoltre vuole la legge che la minaccia di decadenza o di nullità non sia una vana parola, neppur rispetto ai termini *prorogabili*. E quindi concede in via ordinaria la facoltà di una sola proroga. La seconda proroga può essere consentita eccezionalmente per *giustificazione di forza maggiore* (1) *dichiarata nel provvedimento di proroga*, ovvero in virtù di consenso dato *dalle parti personalmente* (cioè a dire, anche mediante un mandatario *speciale*). Al di là della seconda, la legge non ammette altre proroghe.

82. Siano prorogabili o non prorogabili, i termini perentorii si intendono, per regola, al pari delle forme di procedura, stabiliti nello interesse delle parti. Al privato interesse appartiene conseguentemente la potestà di invocare le *decadenze* che sono di codesti termini la sanzione. Pertanto, se un atto fosse stato compiuto oltre il termine perentorio o prorogato, ma la parte interessata non facesse istanza per la dichiarazione di decadenza o nullità, questa non potrebbe dal giudice essere pronunziata. Le eccezioni ammesse, i casi cioè nei quali il giudice deve pronunziare *d'uffizio* la decadenza, sono costituite dai termini che vengono fissati per considerazioni *di ordine pubblico;* spetta quindi al legislatore di specificare quali essi siano: ed a simiglianza di quel che si è detto per le nullità è da concludere anche qui che le decadenze non possono essere pronunziate *d'uffizio* se non *quando la legge lo dichiari.*

---

(1) Intendasi, con Ulpiano, quella forza maggiore che *nullum humanum consilium praevidere potest.*

Questa regola è scritta nell'ultimo capoverso dell'art. 56, dove appunto si comprendono in una medesima e sola proposizione le nullità e le decadenze (1).

83. Vi sono termini dei quali deve essere calcolata la decorrenza, secondo regole speciali stabilite dalla legge. Ma, nel maggior numero dei casi, i termini, di qualunque specie essi siano, hanno per punto di origine la notificazione di un atto od una udienza; e possono essere *anteriori* o *successivi* a questo loro punto iniziale; cioè devono essere calcolati *al di là*, o *prima*, di esso, a seconda dello scopo per cui sono stabiliti, il quale emerge, caso per caso, dalla singola disposizione di legge che fissa un termine. I termini del procedimento civile sono poi quasi tutti misurati *a giorni*, od eccezionalmente *ad ore*. Il codice di procedura francese (art. 1033) dichiara, circa il loro computo, che il giorno della *notificazione* al par di quello della *scadenza* devono essere esclusi dal calcolo relativo alla durata del termine. Pertanto, qualora sia prescritto che la citazione assegni al convenuto il termine di dieci giorni per comparire in giudizio, questi saranno liberi ed interi; e la comparizione *(dies ad quem)* seguirà effettivamente nel dodicesimo giorno cominciando a contare quello della notificazione *(dies a quo)*.

Accolta dal legislatore delle Due Sicilie e dal sardo del 1854, la regola predetta non piacque ai redattori del codice del 1859, i quali (art. 1141) dichiararono che il giorno *della notificazione (dies a quo)* non si debba mai computare nel termine. Il codice patrio, nell'art. 43, *mutatis verbis* ripete simile regola. È perciò da pensare, insieme alla generalità degli interpreti, che secondo i due codici ora nominati, nel calcolo dei giorni che costituiscono il termine si comprenda il *dies ad quem*. Su di che non manca qualche discussione, specialmente in relazione ai termini per comparire in giu-

(1) Importa di non dimenticare che quando la legge prescrive al giudice di emettere una determinata pronunzia *anche d'uffizio*, ciò significa che egli *ha l'obbligo* di emetterla, e che trascurando tale obbligo viola la legge, senza poter addurre per giustificazione il silenzio delle parti. Queste hanno diritto, pertanto, di reclamare contro la omessa dichiarazione di una decadenza che doveva essere rilevata d'uffizio, anche se col precedente silenzio avessero lasciato supporre di non volersi giovare dell'eccezione.

dizio; prevale tuttavia, anche per questi, l'opinione qui enunciata. Il giorno della comparizione non è da computare nel termine della citazione solo quando l'attore intenda offrire in comunicazione i documenti *prima dell'udienza*, e il termine di comparizione non sia maggiore di quattro o di due giorni, secondo che si tratti di causa civile o commerciale, poichè il termine per il deposito è *libero*, in codeste misure minime stabilite dall'articolo 2 della legge 31 marzo 1901, giusta la regola dettata dall'art. 13 del decreto di coordinamento 31 agosto 1901 (v. *infra*, i n. 293, 294).

Si dicono *liberi*, in genere, quei termini nel calcolare i quali va escluso, insieme al *dies a quo* anche il *dies ad quem*. Così, oltre che nel caso del deposito preventivo di documenti, ne abbiamo esempio nelle disposizioni date negli art. 233 e 234 del codice (v. n. 409, 410). Infatti, quando la legge assegna un termine *al di qua di un dato momento, o atto*, e non *al di là di esso*, il termine sarebbe diminuito di un giorno se vi si comprendesse quello da cui il computo deve partire.

Il computo dei termini *a ore* si fa con norme uguali a quelle per i termini *a giorni;* tale essendo la espressa volontà del legislatore (citato art. 43).

84. In coerenza alla massima stabilita per l'eseguimento di atti giudiziari nei giorni festivi (n. 58), il nostro codice stabilisce pure che tali giorni sono computati nei termini (ultimo capoverso del citato art. 43). Nelle legislazioni su cui si modellò principalmente la nostra (1) era disposto che il giorno festivo non entrasse nel calcolo quando fosse l'ultimo del termine, nel quale caso si intendeva questo compiuto col primo giorno non festivo susseguente. Più logica, ma forse non del tutto scevra da inconvenienti

(1) Codice sardo 1854, art. 1104; id. 1859, art. 1152; codice francese, art. 1033 (testo riformato colla legge 3 maggio 1862). Il codice parmense disponeva invece (art. 163) che i giorni festivi si calcolassero in qualsivoglia atto e per qualsivoglia termine, a meno che la legge avesse stabilito essere il termine formato da soli giorni *utili*, fra i quali i festivi non entravano, per non essere di regola permesso nei medesimi alcun atto giudiziario (art. 170). Anche per la legge di procedura civile austriaca del 1° agosto 1895, il termine si aumenta di un giorno quando l'ultimo sia festivo (§ 126).

e non pienamente opportuna, è la nostra regola. Essa dà luogo a qualche necessaria deroga nella sua applicazione; così, per esempio, nella ipotesi che scada in giorno festivo il termine della prova testimoniale, nel qual caso torna applicabile la disposizione dell'articolo 44 accennata qui appresso (n. 86 in fine).

85. È altresì statuito, nell'art. 45, che i termini i quali si partono da una notificazione, decorrono anche contro colui che ha fatto istanza perchè la notificazione sia eseguita, salve le eccezioni espresse nella legge. Siffatta regola è stata prima accolta nel codice parmense (art. 167) e nel sardo del 1859 (art. 1144) ed è di tutta giustizia, assicurando fra i litiganti perfetta parità di trattamento. Essa corregge il sistema del codice francese (art. 443), per il quale il termine ad appellare *incomincia* colla notificazione della sentenza per quanto concerne la persona alla quale è la medesima diretta, mentre per il notificante esso *si chiude* in quel momento stesso, a meno che egli faccia espressa riserva o protesta per salvare il diritto processuale vincolato a quel termine. Talvolta pertanto la nostra regola segna un vantaggio per il notificante, tale altra si converte per lui in un onere, obbligandolo a compiere determinati atti nel termine di cui col fatto proprio ha segnato il decorrimento.

Nasce un dubbio sul modo di applicare l'art. 45 quando si tratti di notificare un atto a più persone e le notificazioni singole avvengano in giorni diversi. Da quando incomincia a decorrere il termine per ciascuno dei notificati? da quando per il notificante? La risposta più sicura ci sembra la seguente: Se l'atto da eseguire nel termine o dopo il termine è di tal natura che tutti i notificati vi abbiano un interesse *indivisibile,* o che i suoi effetti non possano rispetto alle parti venire separati, il termine comincierà a decorrere rispetto a tutti *dall'ultima notificazione.* Se invece non si verifichi una delle menzionate condizioni, il termine si computerà e pel notificante e pei notificati, nei singoli rapporti individuali, a partire dal giorno di ciascheduna notificazione. Ci è mestieri rinviare all'esame dei vari casi d'applicazione un migliore chiarimento di questa regola (v. vol. II, n. 632).

Nei sistemi giudiziari nei quali le notificazioni sono eseguite dietro ordine speciale del magistrato non trovano applicazione le regole fin qui considerate. In essi, perciò, il corso di un termine incomincia per ciascuna parte dal momento in cui riceve la intimazione (legge austriaca, § 124).

86. Le premesse nozioni si riferiscono ai termini *stabiliti dalla legge*. In più d'una circostanza la legge delega al magistrato l'ufficio di assegnare termini per l'esecuzione di certi atti del procedimento. I termini assegnati dal giudice sono talvolta di carattere *perentorio*. Così, se la parte non si presenta nel giorno fissato per rispondere ad un interrogatorio o per prestare un giuramento, incorre in speciali decadenze. Tuttavia, quasi sempre i termini assegnati dal giudice sono *prorogabili;* il che si verifica, ad esempio, nei casi sopradetti, se venga giustificato un legittimo impedimento (articoli 218 e 225 cod. di proc.). Ma qualora si vogliano considerare, come lo sono in fatto, termini assegnati dal giudice le proroghe dei termini legali, si troveranno anche in questa categoria termini perentorii non prorogabili. Tali sono almeno tutti quelli accordati a titolo di *seconda proroga,* come già fu spiegato.

La perentorietà di un termine assegnato dal magistrato non può essere stabilita per arbitrio di lui, ma deve risultare da una disposizione della legge, in conformità al principio generale dettato nell'articolo 46. Sarebbe grave errore credere che il giudice possa aggiungere comminatorie di decadenza a termini da lui stabiliti, fuori dei casi in cui la perentorietà è insita nella natura stessa del termine o fondata sul testo della legge.

Del resto le regole per il computo e la decorrenza dei termini legali sono comuni anche a quelli dati dal magistrato.

Il termine il quale mette capo ad un'udienza è prorogato di diritto giusta la disposizione dell'art. 44, se nel giorno fissato non vi sia udienza; nel qual caso si deve comparire all'udienza successiva più prossima a quel giorno.

TITOLO II.

DELLA COMPETENZA

CAPO I.

Nozioni preliminari.

87. La scelta del giudice a cui deve essere sottoposta la domanda costituisce il più importante elemento per la regolare istituzione del giudizio. Codesta scelta è guidata dalle norme che regolano la competenza dei vari magistrati; perciò l'analisi dei titoli in base ai quali essa è determinata e dei criteri che ne governano l'esercizio è quella parte dello studio della procedura che in ordine razionale deve tosto seguire all'esposizione dei principii generali.

Giurisdizione e competenza sono due vocaboli che frequentemente ricorrono nella materia di cui imprendiamo a discorrere. E abbondano le dissertazioni sul loro valore comparativo e sull'uso più appropriato che deve farsi di ciascuno. Il significato molto largo in cui già abbiamo accolto il nome di giurisdizione (n. 34) si delimita e concreta qui in più ristretti confini. Imperocchè tutti i magistrati, solo perchè tali, *posseggono giurisdizione;* tuttavia nel linguaggio comune, adottato anche dagli scrittori, si suol dire che la *giurisdizione* d'un magistrato è *diversa* da quella di un altro, nello stesso senso in cui si dice che la *competenza* di questo e di quello sono *diverse*. Vediamo dunque dove sta la differenza.

Rifacendo, sia pure ideologicamente, la genesi delle istituzioni giudiziarie, è possibile concepire l'amministrazione della giustizia concentrata in una sola ed universale giurisdizione. Nè gli esempi storici ne mancherebbero totalmente. Essi però richiamano ad organizzazioni sociali primitive e molto ristrette. Così le antiche tribù germaniche avevano un

solo tribunale, l'assemblea dei liberi, che sovrana discuteva e sentenziava e imponeva il volere della sua maggioranza, a cui non era possibile ricusare obbedienza. Chi concepisse una costituzione ideale della società civile, dotata di leggi sapienti, ricca di menti elette e di coscienze illuminate, potrebbe ancora benissimo includere nel suo quadro la esistenza di un solo ordine di magistrati investiti della intera giurisdizione civile, non soggetta ad appelli nè revisioni d'altra specie. Ma quand'anche un tale ordinamento potesse avere quella attuazione che è molto lontana dalle condizioni della civiltà presente, rimarrebbe sempre la necessità pratica di creare un numero di giudici adeguato alla quantità della popolazione ed al medio numero ordinario delle controversie, ripartendo fra loro il territorio nazionale per modo che ciascun giudice o collegio esercitasse la propria giurisdizione dentro la cerchia di un distretto particolare. Questa indispensabile divisione del lavoro giudiziario in corrispondenza al territorio rappresenterebbe l'attribuzione della *competenza* propria a ciascun magistrato singolo o collegiale. Tutti, nella ipotesi formulata, avrebbero *giurisdizione identica*, ma la *competenza* loro sarebbe *diversa*, in ragione della sede in cui fossero chiamati ad esercitare la giurisdizione.

88. Pare che qui si delinei abbastanza chiara la prima nozione che volevamo ricercare. Vediamo ora come si abbiano fra i magistrati *diversità* nella rispettiva *giurisdizione*.

Un sentimento naturale spinge ogni uomo ad appassionarsi nella difesa del suo diritto o di quello che egli crede tale. Inevitabile adunque che colui, il quale, dopo aver accanitamente disputato il terreno al suo avversario, rimane nella lotta giudiziaria soccombente, sia tosto inclinato a sospettare ed accusare d'ingiustizia la sentenza e provi una tendenza immediata a ribellarvisi. Prima che ad una seria e ponderata ragione di dubitare dell'onestà o della dottrina del magistrato, è da riconoscere dovuta a questo fenomeno umano la istituzione dei rimedi giudiziari, divenuta prepotente bisogno sociale. Indi si spiega come gli enormi abusi derivanti dallo infinito moltiplicarsi dei gradi contenziosi potessero ottenere durante molti secoli la complicità di un ambiente morale ed intellettuale a loro perfettamente favo-

revole. Col crescere della civiltà quegli abusi subirono la meritata condanna; ma ancora perdura il bisogno di fornire ai litiganti mezzi di reclamo, senza cui l'ordinamento della giustizia agli occhi dei più rimarrebbe incompleto. Onde la giurisdizione riceve un primo frazionamento, poichè altra è la potestà di giudicare in prima istanza, altra quella di giudicare in appello, altra quella della cassazione. E così la giurisdizione è rappresentata dal collegamento dei vari gradi, non da questo o da quello isolatamente; e ogni grado è una giurisdizione particolare, cioè un *elemento* dello istituto giurisdizionale complessivo.

89. Considerando la giurisdizione in relazione al diritto obbiettivo del quale essa guarentisce l'osservanza nei contrasti insorgenti fra i soggetti giuridici, non si può dimenticare la distinzione del *diritto pubblico* dal *diritto privato*, la quale suol essere considerata come una classificazione delle norme giuridiche e dei correlativi rapporti in due campi fra loro più o meno nettamente separati. A quella divisione del diritto obbiettivo, però, non ne corrisponde una analoga della giurisdizione: cioè a dire, non è divisa la giurisdizione sulle materie di diritto pubblico da quella sulle materie di diritto privato. Anzi, stando alla lettera del testo (art. 2 della legge 20 marzo 1865, alleg. *E*, sulla abolizione del contenzioso amministrativo), si direbbe che in Italia la giurisdizione, dal punto di vista *della materia*, sia unica; poichè, a mente di quel testo, ogni controversia intorno ad un diritto, *civile o politico*, è di competenza dell'autorità giudiziaria. Neppure avanti la abolizione degli antichi tribunali del contenzioso amministrativo, si sarebbe potuto dire esattamente che tutta la materia del diritto pubblico fosse riserbata alla loro competenza, e tutta la materia del diritto privato spettasse ai tribunali civili (1); nondi-

(1) La materia di diritto obbiettivo, pubblico o privato, che può essere sottoposta alla giurisdizione del magistrato è soltanto quella in cui si contenga la pretesa di esercitare o difendere un diritto subbiettivo. Nello stato moderno, la funzione giurisdizionale è troppo lontana dalla ampiezza dell'antica *iurisdictio* per essere esercitata per la pura difesa del diritto obbiettivo pubblico, la quale spetta alla funzione governativa per mezzo dei vari organismi della polizia, dell'amministrazione, dei controlli amministrativi o politici, ecc.

meno, molto approssimativamente, una tale divisione allora esisteva. Aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo, mai non si ebbe in realtà la totale scomparsa della divisione stessa, essendo state mantenute in vita, giusta l'art. 12 della citata legge 20 marzo 1865, le così dette *giurisdizioni speciali*, esercitate in precedenza su determinate materie dalla corte dei conti, dal consiglio di stato, da altri corpi o collegi particolari. Tali giurisdizioni speciali, costituite per lo più sopra materie di diritto pubblico, o con le quali il diritto pubblico obbiettivo ha rapporto diretto di causalità, non solo furono mantenute, dopo la legge del 1865, ma anzi sensibilmente aumentarono: sia perchè l'incremento della vita dello stato libero diè luogo al progressivo svilupparsi di diritti pubblici subbiettivi nei cittadini e nei soggetti giuridici in generale, diritti il cui riconoscimento fu operato mediante la costituzione di giurisdizioni speciali delegate a garantirli, il che ha esempio notevolissimo nelle fasi attraverso le quali si svolsero gli istituti della giustizia amministrativa (1); sia perchè lo sviluppo stesso della legislazione, specialmente fiscale, rese necessario costituire, contro le crescenti esigenze e i nuovi diritti dello stato, opportune forme di tutela a salvaguardia dei privati patrimoni; sia infine per altre molteplici cause e vicende di varia specie. Se, malgrado l'incremento e il cospicuo differenziarsi dei diritti pubblici subbiettivi, sia possibile o conveniente il conservare, o meglio, costituire (giacchè, come dicemmo, in passato essa non vi fu mai) una *giurisdizione unica*, è tema di alte discussioni nelle sfere del diritto pubblico, che qui non si deve tentare. Il fatto della esistenza di più *giurisdizioni speciali*, per diversi ordini di contrasti sopra diritti pubblici subbiettivi, andava accennato, come una base di

(1) Si osservi l'analogia e in pari tempo la dissomiglianza di questo processo della moderna evoluzione del diritto rispetto a quella antica. Il pretore romano concedeva mano mano le azioni per creare nuovi diritti privati; cioè accoglieva sotto la tutela della giurisdizione civile rapporti che prima ne erano esclusi. Il legislatore d'oggi costituisce gradualmente nuove giurisdizioni speciali per riconoscere con questo mezzo la dignità e la forza di diritti subbiettivi pubblici a facoltà od aspettative che per l'avanti erano abbandonati al beneplacito discrezionale del potere governativo.

frazionamento della giurisdizione (che idealmente è certo unica) secondo la ragione della materia. Le principali giurisdizioni speciali di diritto pubblico, designate come giurisdizioni amministrative, sono quelle del consiglio di stato (quarta sezione), delle giunte amministrative, della corte dei conti, di collegi o giunte d'arbitri di varie specie, ecc. Ma non si può dire che tutte insieme queste speciali giurisdizioni assorbano e rappresentino la tutela giurisdizionale dei diritti pubblici subbiettivi, giacchè non pochi di essi sono sottoposti alla giurisdizione dei tribunali ordinari. E precisamente, nel diritto nostro oggi può dirsi che l'articolo 2 della legge 20 marzo 1865, alleg. *E*, va parafrasato ed inteso nel seguente concetto: *Tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico*, che non siano da leggi particolari riservate alla competenza di una giurisdizione speciale, *sono devolute alla giurisdizione ordinaria, comunque possa esservi interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o della autorità amministrativa.*

L'articolo citato chiama *ordinaria* la giurisdizione attribuita ai magistrati dell'ordine giudiziario; *speciale* è per contrapposto quella di un organo a cui particolari funzioni di giurisdizione sono deferite. Da quanto fu detto emerge però chiaro che *ordinaria* non è sinonimo di *universale*, come *speciale* non è sinonimo di *straordinaria* od *eccezionale*. Ciascuna giurisdizione esercita *normalmente* i suoi uffizi sulla materia che le leggi le attribuiscono; quando non vi sia una speciale attribuzione, la giurisdizione spetta al giudice *ordinario*.

Le questioni di competenza che possono derivare dalla distribuzione delle materie contenziose fra giurisdizioni diverse sono state dal legislatore prevedute. Esso ne deferì (legge 31 marzo 1877) il regolamento alla corte di cassazione in sezioni unite, come all'organo supremo cui deve subordinarsi, per la osservanza delle norme giuridiche limitatrici della sua podestà rispettiva, qualunque giurisdizione, ordinaria o speciale. Non è ancora definita la grave questione se il moderno sviluppo e aumento delle giurisdizioni speciali abbia diminuita l'opportunità dell'attribuzione di un sì

delicato ufficio alla corte di cassazione, la quale, per quanto organo supremo, è sempre, nelle sue funzioni normali, organo della giurisdizione ordinaria. Gli inconvenienti che tuttodì si notano nella complessa e difficile materia della decisione sui limiti della competenza delle varie giurisdizioni, potrebbero essere diminuiti da una radicale riforma dell'istituto della corte di cassazione, o pure dalla creazione di un tribunale supremo autonomo, investito dell'autorità di regolare le competenze (v. n. 222).

90. La giurisdizione ordinaria è soggetta a sua volta ad alcuni frazionamenti, o divisioni che dir vogliansi, per ragione della materia litigiosa.

Lo svolgimento storico del diritto obbiettivo privato, nei secoli del medio evo, diè luogo alla distinzione del diritto *commerciale* dal *civile*, e a un rapido quanto vigoroso sviluppo dei suoi istituti. Per un processo spontaneo, che ha un certo ricorso in quello dianzi accennato, per mezzo del quale vanno ora fiorendo le giurisdizioni amministrative, sorsero allora ed acquistarono grande importanza le *giurisdizioni commerciali*. Fino agli ultimi tempi esse vissero; ma erano in progressiva, ineluttabile decadenza; del che fornisce spiegazione il considerare come ormai il diritto commerciale avesse raggiunto quello stadio di maturità che ne permise la codificazione e che, per l'avvenire, senza arrestarne il moto evolutivo, certamente rende questo moto meno febbrile, e lo sottopone alla influenza di elementi e fattori d'altra specie che non siano i puri e semplici interessi del ceto dei mercanti. D'altronde la costituzione dello stato moderno, distaccando nettamente il còmpito della funzione giurisdizionale della sovranità da quello della funzione legislativa, rese inutile un organo il quale propriamente aveva avuto nascita dal bisogno di creare, od almeno stabilire, il diritto obbiettivo per gli affari commerciali mediante l'esercizio della giurisdizione. Così il frazionamento della giurisdizione ordinaria per ragione della materia civile e della commerciale, non aveva più pregio nè giustificazione. E con la legge del 25 gennaio 1888 furono aboliti i tribunali di commercio, ed investiti di ogni loro precedente attribuzione i tribunali civili. Cessò quindi la *giurisdizione commerciale*,

che nel codice di procedura civile e in quello di commercio era pur stata contemplata e regolata. Di questo argomento ci occorrerà riparlare.

Invece, con la legge del 15 giugno 1893, in omaggio alla sempre crescente importanza sociale di una serie di relazioni giuridiche appartenenti alla vita industriale, fu costituita una nuova giurisdizione, mediante la creazione dei collegi di probi viri, ordinati in *uffici di conciliazione* e in *giurie* aventi attribuzioni contenziose. A questi nuovi organi giudiziari sono parzialmente devolute, come diremo a suo luogo, controversie su diritti privati che, per loro natura, appartengono alla giurisdizione ordinaria, della quale pertanto essi formano parte.

Per motivi di altra indole furono giudicate opportune certe secondarie ripartizioni della giurisdizione fra gli ordinari magistrati civili, per ragione di materia. Così vediamo le azioni dirette alla tutela del possesso deferite esclusivamente al giudice singolo locale (pretore) per la prontezza e sicurezza con cui egli può procedere alla verificazione dei fatti di turbativa o di violenza denunciati. Altre specie di azioni che trovansi enumerate nell'art. 82 del codice di procedura sono, per analoghe ragioni, devolute al conciliatore e al pretore. A questi giudici è pure deferita nei limiti della rispettiva competenza per valore l'ordinaria procedura esecutiva sui beni mobili; quella di espropriazione degli immobili per debito d'imposta è esclusivamente attribuita al pretore. Invece le ordinarie procedure di espropriazione forzata di immobili appartengono sempre alla competenza del tribunale. Di queste e di altre regole potremo dibattere le rispettive ragioni mano mano che esse si presenteranno al nostro esame analitico.

91. Oltre che esistere fra i magistrati una gerarchia per ordine di gradi giudiziari, un'altra ne esiste fra quelli di prima istanza, e analogamente fra quelli d'appello, per la distribuzione della podestà giudiziaria in relazione *al valore* delle liti. Sembra malagevole a primo aspetto giustificare questa divisione da un punto di vista rigorosamente scientifico. Secondo il codice di procedura, a norma del rispettivo valore le liti sono distribuite fra i probi viri, i

conciliatori, i pretori ed i tribunali civili, ed in seconda istanza fra i pretori, i tribunali civili e le corti d'appello. Quali siano i limiti del valore in ciascuna categoria lo vedremo fra breve. Egli è indubitato che questa divisione, operata sulla base del valore, è a sua volta un *frazionamento di giurisdizione*, sì che la giurisdizione di ciascun magistrato trovasi determinata eziandio dal valore della controversia nei giudizi di prima e di seconda istanza.

92. Riassumendo, noi possiamo, in conformità al linguaggio scientifico comunemente accolto, stabilire i principii seguenti: 1° La *giurisdizione di cui ciascun magistrato è investito*, ossia la podestà conferitagli d'amministrare la giustizia, non è nel diritto positivo di carattere *universale*, come lo è *l'idea astratta della giurisdizione*, ma riceve limitazioni dal *grado*, dalla *materia*, dal *valore* della controversia; 2° indipendentemente da questi limiti, ogni giurisdizione ha bisogno di essere esercitata in una sfera di *competenza* determinata; ossia, ogni magistrato, qualunque sia la misura della sua giurisdizione, deve esercitarla in una *sede* e dentro un *territorio* designati secondo il criterio razionale della *possibilità* di renderne l'azione veramente efficace (1).

Così intese, *giurisdizione* e *competenza* sono ben lungi dall'essere espressioni di una medesima ed unica idea. Pure il nostro legislatore è stato tutt'altro che scrupoloso nel suo linguaggio ed usò promiscuamente i due vocaboli. Nè la censura può essergli risparmiata se nella relazione Pisanelli si legge, quasi a dimostrare la correlazione dei due nomi, *non essere la competenza che la misura della giurisdizione*. Anche volendo decampare da ogni rigore di formalismo, egli è manifesto che rimane tuttavia inesatto usare la parola *giurisdizione* ad indicare la *competenza*, come pur fa il codice, specialmente negli articoli 68 e 69.

93. Per evitare equivoci ed anche sorvolare a dispute alquanto oziose, sarà opportuno che, dopo aver significato

(1) Si faccia eccezione per la corte di cassazione, la quale, per l'indole e lo scopo del proprio istituto dovendo essere unica nello stato, non soffre ripartizioni di competenza che non siano la negazione di ogni criterio logico e giuridico.

che cosa sia la giurisdizione e come si delimiti, che cosa sia la competenza e come si determini, noi adopriamo la espressione di *competenza assoluta* per indicare *i confini della giurisdizione* del magistrato, ossia la sua competenza per grado, materia, o valore; e l'altra espressione di *competenza relativa* per indicare la *vera e propria competenza*, ossia la sfera in cui le rispettive giurisdizioni dei magistrati si esercitano, in ragione della loro sede e del territorio che alla medesima è soggetto. La spiegazione delle due qualifiche di *assoluta* e *relativa* (pienamente accettate nella pratica) emergerà da quanto andiamo ad esporre.

Avvertasi pure, che della competenza *per ragione di materia* noi ci occuperemo in modo analitico soltanto rispetto alla distribuzione che per questo titolo subisce la *giurisdizione ordinaria* fra i magistrati che ne sono investiti. Giacchè non appartiene al dominio attuale della procedura civile l'esame analitico della competenza delle giurisdizioni speciali amministrative, ma soltanto quello generale dei loro rapporti con la giurisdizione ordinaria.

94. Prima di andar oltre dobbiamo considerare brevemente la dichiarazione contenuta nell'art. 67. Ivi: « La competenza è determinata per materia o valore, per territorio, per connessione o continenza di lite ». Non sfuggirà allo studioso che qui si tace della competenza *per grado* e si aggiunge invece, a quelle da noi menzionate, la competenza per connessione o continenza di lite. Il silenzio circa i gradi della giurisdizione non esclude che essi ne costituiscano un limite ammesso e riconosciuto dalla legge. Infatti, nel medesimo titolo « *Della competenza* » e precisamente nella *sezione prima*, il legislatore dichiara la speciale competenza dei magistrati d'appello e della corte di cassazione (art. 83 a 88). La mentovata sezione si intitola « *Della competenza per materia o valore* »; sembra quindi che il legislatore abbia considerata quale un aspetto della competenza *per materia* quella che deriva dal grado in cui si trova la controversia. Giova meglio però tenere distinte le due categorie; e la dottrina perfettamente ne conviene; imperocchè i criteri rispettivi di codesti limiti della giurisdizione sono fra loro ben diversi.

Quanto alla competenza *per connessione o continenza di lite* essa è principalmente una forma di determinazione della competenza territoriale, e solo secondariamente costituisce una deroga alle regole ordinarie della competenza assoluta. Non avevamo dunque bisogno di considerarla teoricamente come una specie a sè. Ne terremo conto specifico, invece, nell'esame del diritto vigente che ora inizieremo con la scorta delle nozioni fin qui esposte.

CAPO II.

Competenza assoluta e relativa. — Regole generali.

95. Le ragioni che impediscono ai legislatori di instaurare il sistema della giurisdizione unica od universale, della quale abbiamo fatto cenno in precedenza, si collegano massimamente a quella elevata finalità di tutela dell'interesse collettivo e dell'ordine pubblico che determina la costituzione stessa del potere giudiziario. Distribuire in maggior o minor numero nel territorio dello stato le sedi giudiziarie, per guisa da rendere più facile ai cittadini l'accesso alla giustizia, riguarda più dappresso la comodità ossia l'interesse dei privati. Questo può essere leso da una meno avveduta e saggia *circoscrizione giudiziaria;* ma ben più grave sarebbe il pubblico danno, quando fosse dimostrato che l'intima organizzazione data dal legislatore alle patrie magistrature le rendesse insufficienti od inette al conseguimento della giustizia.

Queste riflessioni spiegano abbastanza la sostanziale differenza stabilita fra le sanzioni che circondano la competenza *assoluta* e quelle che garantiscono la competenza *relativa*. La prima *deve* essere da tutti rispettata; e all'uopo giova che il magistrato possieda la più conveniente latitudine di poteri; per la seconda, la misura (diremo così) del rispetto che occorre assicurarle sta in relazione cogli interessi privati che essa ha per iscopo di avvantaggiare. Onde riesce chiaro il perchè quella fosse chiamata *assoluta* e questa *relativa*. Il più generale ed importante principio che domina siffatta differenza è il seguente: le infrazioni alle regole della competenza assoluta devono

essere represse e riparate *anche d'uffizio* dal giudice, *in qualunque stato e grado di causa;* le infrazioni alle regole della competenza relativa *sono coperte e sanate dal consenso delle parti interessate.* Questo principio, che è stabilito non meno nell'articolo 69 che nell'articolo 187 del codice, merita per la sua importanza qualche particolare considerazione.

96. « *La giurisdizione* (ordina l'art. 69) *non può essere prorogata dalle parti, salvo i casi stabiliti dalla legge* ». *Prorogare* significa trasferire consensualmente ad un magistrato la competenza che per legge spetterebbe ad un altro. Se per *giurisdizione* intendiamo solo la *competenza assoluta*, è lecito affermare che non si conoscono i casi nei quali essa possa essere *prorogata.* E l'ultima parte del testo riferito non si spiega se non rammentando che il legislatore, più o meno correttamente, designa sotto il nome di giurisdizione anche la *competenza relativa.* Non potremmo consentire con quegli scrittori che spiegano il linguaggio dell'art. 69, considerando come una proroga della *competenza assoluta* la facoltà data dalla legge alle parti di rimettere ad arbitri le loro controversie; giacchè il *compromesso* è un istituto giudiziario tutt'affatto diverso dalla *proroga di giurisdizione;* non si trasferisce la competenza dal giudice cui spetta ad altro cui non spetta; ma si crea un giudice speciale *che ha una giurisdizione dalla legge consentita*, in virtù della quale cessa, sopra quella data controversia, la competenza del magistrato ordinario.

Quand'anche le parti convenissero nel deferire ad un giudice incompetente per valore, per materia, o per grado, la loro controversia, la legge si oppone alla validità di simile patto. Parlando di patto, o di convenzione, alludiamo anche al tacito consenso che si dimostri coi fatti: quindi, se citato il convenuto in giudizio, egli, pur avendone diritto, si astenga dall'opporre l'eccezione d'incompetenza assoluta, il silenzio suo non gioverà contro il divieto della legge, come non gioverebbe la espressa convenzione di proroga (1). « L'ecce-

(1) Dato il sistema, le esposte conseguenze sono perfettamente logiche. Ma deve essere osservato che la fiducia volontariamente attestata dalle parti nella idoneità e giustizia di un organo di giurisdizione *costituito dallo stato,* per decidere una loro controversia, quantunque eccedente

zione d'incompetenza *per materia o valore* (stabilisce infatti l'art. 187) può essere proposta *in qualunque stato e grado della causa:* l'autorità giudiziaria deve pronunziarla *anche d'ufficio* ». I termini in cui codesta sanzione è concepita non sono certo ambigui od equivoci. Essi esprimono tutti insieme e molto categoricamente i concetti seguenti:

a) che l'incompetenza assoluta può sempre essere opposta dal convenuto, anche se egli avesse espressamente accettata la proroga della giurisdizione;

b) che può esserlo in qualunque momento della procedura, nulla importando la circostanza che il convenuto nei primi atti di difesa siasi preoccupato di discutere il merito, senza accennare alla incompetenza;

c) che può essere opposta persino dallo stesso attore, il quale dovrà per altro, in ogni caso, colla condanna nelle spese del giudizio, sopportare le conseguenze dell'errore commesso;

d) che se nessuna delle due parti la oppone, deve tuttavia dichiararla il giudice e limitare a questo punto la sua decisione, sebbene le parti la invochino sul merito o su istanze al merito attinenti;

e) che l'errore commesso dal giudice di primo grado, non rilevandola anche d'uffizio, dà motivo alle parti di ricorrere in appello per far pronunziare l'incompetenza, quantunque esse, deliberatamente o casualmente, non se ne fossero occupate;

f) che il giudice d'appello è egli medesimo tenuto di uffizio a rilevare l'incompetenza assoluta, se non l'hanno opposta le parti, nè l'ha pronunziata il primo giudice, e la causa sia portata in appello per la decisione di altri punti;

g) che infine sono applicabili al giudizio di cassazione, per quel che riguarda il presente soggetto, regole identiche a quelle esposte (lettere *e*, *f*) pel giudizio d'appello (1).

---

i confini del potere normale attribuitogli dalla legge, non ha affatto l'apparenza di un pericolo per la buona amministrazione della giustizia, nè turba o sconvolge verun interesse sociale. È, in sostanza, un affare privato; ed è piuttosto dubitabile che il legislatore non abbia buone e gravi ragioni per interdire ai cittadini di scegliere d'accordo, fra i magistrati da esso istituiti, quello nel quale meglio confidano.

(1) Sovra questi corollari non è permesso alcun dubbio, dinanzi ai testi del nostro codice che abbiamo indicati. Non è però dovunque

97. Non sempre la incompetenza assoluta del magistrato è palesata *evidente* dalla domanda, o si può dimostrare con le pure e semplici emergenze degli atti processuali. Per accertare il valore della cosa domandata può occorrere il sussidio di qualche prova. In questo senso vi ha una limitazione da apporre a quella parte delle regole suesposte che riguardano la podestà del giudice di pronunziare d'uffizio l'incompetenza. Se la prova di essa non emerge dall'analisi della domanda, o da quella degli atti processuali, e le parti niuna questione muovono sulla competenza, il giudice non può ordinare d'uffizio che si assuma questa o quella prova per appurare i *sospetti* che in lui nascano intorno alla propria competenza. Imperocchè simili disposizioni esorbiterebbero dalla sfera delle di lui facoltà; egli giudica la lite ed ogni questione ad essa relativa, nell'interesse delle parti, cioè *secundum allegata et probata*. Quando una irregolarità non apparisca accertata dagli atti, e niuna delle parti ne muova cenno, egli non può nè deve presumerla.

Non per questo le parti rimangono private della libertà di presentare, in giudizio d'appello, quelle prove della incompetenza che mancarono nel giudizio di prima istanza.

---

accolto un uguale sistema. In Francia da molti giuristi e da parecchie sentenze è stata ammessa la massima che neppur quella che noi chiamiamo competenza assoluta sia d'ordine pubblico. Nel codice di procedura germanico è espressamente stabilito che, giudicata da un tribunale regionale una lite, non può essere impugnata la sentenza pel motivo che la cognizione ne avrebbe appartenuto al tribunale cantonale, vale a dire ad un giudice di più ristretta giurisdizione (§ 10). Con criterio analogo (quello cioè che la giurisdizione più estesa comprende anche i poteri contenuti in quella più ristretta) dispone pure la legge austriaca sulla competenza *(norma di giurisdizione)*, nel § 45 e seguenti. Anche più larghe le regole del codice olandese. Si può quindi ritenere che il sistema del nostro codice, il quale obbedisce a un criterio di rigidità logica e simmetrica, sia in contrasto con la tendenza delle maggiori legislazioni contemporanee. Sebbene non si debba ammettere la assoluta e completa libertà dei litiganti di sovvertire l'ordinamento giudiziario stabilito, sarebbe, per es., ammissibile, in astratto, che essi sottoponessero in primo grado la lite al giudice che ha competenza a decidere in seconda istanza, purchè così i due gradi di giurisdizione fossero assorbiti in uno; ma non sarebbe del pari tollerabile che potessero poi sottoporre, in sede di appellazione, la sentenza così ottenuta, al giudice che, secondo la legge, doveva conoscere della causa in primo grado.

Vedremo in seguito come ogni specie di *nuova prova* sia permessa in appello. Ma il contrario è a dire rispetto al giudizio di cassazione. In codesto supremo stadio della controversia non si può aggiungere alcun nuovo elemento di fatto alle risultanze processuali stabilite in grado d'appello. Quindi è che in cassazione la incompetenza assoluta potrà per la prima volta essere discussa, o potrà venire pronunziata anche d'uffizio, solo a condizione che basti l'esame della domanda e degli atti per stabilirla.

98. Quantunque mercè le precauzioni prese dal legislatore sia ben difficile che sfugga alle parti od ai giudici il vizio della incompetenza assoluta, pure la fallibilità naturale dell'uomo permette sempre che la cosa sia possibile. Si domanda se, consumato un errore sopra la competenza assoluta e consacrato il medesimo con una decisione giudiziale divenuta irrevocabile, il principio dell'autorità della *regiudicata* debba prevalere a quello del rispetto all'ordine delle giurisdizioni o soggiacere dinanzi ad esso. La risposta non è dubitabile; al principio dell'autorità della regiudicata spetta prevalenza, comunque grave sia la necessità di serbare inalterati i limiti delle giurisdizioni. È inutile disputare se l'un principio sia *più importante* dell'altro, ovvero andar ricercando quale dei due appartenga più da vicino all'ordine pubblico. L'effetto della regiudicata è notoriamente quello di assodare in modo inconcusso una verità, la quale mercè il presidio di essa diventa addirittura inoppugnabile. Sia pure manifesto l'errore del giudizio; ad ogni modo *pro veritate habetur*. Quando sopra la competenza, come sopra qualsivoglia argomento litigioso, esiste regiudicata, non è da esitare a riconoscere che al cospetto della legge *la verità* è quella contenuta nella sentenza; e che ogni altra verità è vana parvenza (1).

99. Rimane a vedere come si costituisca la regiudicata sul tema della competenza. Anzitutto è fuori di discussione ch'essa esiste quando sia passata in giudicato la sentenza che decide la lite *in merito*. Conciossiachè, per l'obbligo che

(1) Bisogna però eccettuare il caso di conflitto reale di giurisdizione, pel quale sono da vedere il n. 216 e i precedenti.

incombe al giudice di elevare anche d'uffizio l'incompetenza assoluta, ogni decisione data sul merito è implicitamente *affermativa della competenza*, che deve aver formato materia di una preliminare disamina del magistrato. Ma le parti possono aver proposta (si vedrà poscia con quale procedimento) la questione sulla competenza separatamente da ogni altra; ovvero può essere stata dichiarata dal giudice l'incompetenza; e nell'un caso o nell'altro si ha una decisione specifica sulla questione in discorso. Ora, in simili ipotesi, è da tenere per fermo che la sentenza, anche *interlocutoria*, la quale abbia statuito sopra la competenza, una volta passata in giudicato, rende irrevocabile la pronunzia a ciò relativa.

Il passaggio in giudicato di qualunque sentenza si effettua nell'uno o nell'altro dei seguenti tre modi: 1° esaurimento di tutti i gradi del giudizio, sicchè la decisione si presenti non suscettibile di alcun ulteriore rimedio; 2° decorso del termine utile per appellare o per valersi di altro dei rimedi conceduti dalla legge contro la sentenza; 3° rinunzia dell'appello o dell'altro rimedio che fosse stato sperimentato (1).

100. Può avvenire quindi che, ammessa in prima istanza la competenza del giudice con sentenza *interlocutoria*, questa passi in giudicato per decorso del termine ad appellare. Discusso e deciso successivamente il merito, viene interposto appello contro la sentenza definitiva: potrà il giudice d'appello riesaminare la questione della competenza? No, perchè su questo punto esiste già la regiudicata e non è lecito violarla neppure in nome della maggiore autorità gerarchica del secondo giudice.

---

(1) Il passaggio in giudicato della sentenza impugnata si verifica anche per la perenzione (ch'è una forma tacita di rinunzia) del giudizio di appello o di revocazione (art. 341 cod. di proc. civile). In quanto al rimedio della opposizione del contumace, la rinunzia o la perenzione del relativo giudizio non basterebbero a dar forza di regiudicata alla sentenza impugnata, quando rimanesse aperta la via dell'appello (articolo 467): converrebbe adunque, in questa ipotesi, che anche alla facoltà di appellare l'opponente avesse rinunziato. È quasi superfluo dire che fra i rimedi contro le sentenze, dei quali è qui parola, non comprendesi l'opposizione del terzo, giacchè consideriamo soltanto la formazione del giudicato *fra le parti litiganti*.

Per contrario: l'eccezione d'incompetenza è stata sollevata dal convenuto in primo grado e respinta colla sentenza medesima *che ha giudicato il merito* della causa. Da questa sentenza si appella, non però per il capo della competenza, della quale non si fa anzi alcun cenno: potrà tuttavia il magistrato superiore, se la eccezione gli sembra fondata, dichiarare d'uffizio l'incompetenza? Sì certo, secondo il nostro avviso; però la soluzione è controversa. Si rifletta in proposito che il giudice superiore avrebbe tale *obbligo*, pel disposto imperativo dell'art. 187, anche se nessuna parola fosse stata fatta in prima istanza sovra la competenza; e il silenzio del primo giudice equivale esso medesimo, come abbiamo detto, ad affermazione di competenza. La situazione logica e processuale è quindi identica nei due casi.

101. Un'ultima questione su questo proposito: nel corso di un giudizio occorre pronunziare una sentenza *interlocutoria*, ad esempio, per ordinare una prova. Essa passa in giudicato; più tardi, quando la discussione della lite è ripresa, una delle parti od il giudice si accorge che sin dal principio ostava l'incompetenza assoluta alla cognizione della lite. Qualcuno sostiene che la sentenza interlocutoria proferita e passata in giudicato ha statuito implicitamente, e ormai irrevocabilmente, sulla competenza. L'insegnamento non pare corretto. Trattandosi di pronunzia *implicita*, non conviene mai presumerla, se non in quanto presentisi come una necessità logica della pronunzia *esplicita;* e la necessità non vi è che per le sentenze *definitive*. Ma aggiungasi che nel pronunziare un'interlocutoria il magistrato può bene aver ritenuto opportuno di rimettere la deliberazione sopra la competenza *a causa meglio istruita*. Certo, se egli avesse rilevata la propria incompetenza, avrebbe dovuto pure dichiararla. Ma il silenzio non significa *necessariamente* affermazione della competenza.

102. Essendosi avvertito come la competenza *per grado* sia nel linguaggio del nostro codice designata inclusivamente in quella *per materia*, non v'è bisogno di dimostrare altrimenti come le regole e sanzioni degli articoli 68 e 187 si applichino anche a questa specie di limitazione della giurisdizione.

Dal che il corollario: che non possa mai essere portata una causa al giudizio d'appello senza il preventivo esperimento di quello di prima istanza, malgrado la esplicita rinunzia concordata fra le parti; e l'altro: che solo le autorità costituite nel grado gerarchico superiore, dalla legge all'uopo designato, siano competenti a conoscere dei reclami proposti contro le sentenze; così che da quelle dei pretori non si possa appellare se non ai tribunali e da quelle dei tribunali alle corti d'appello, ecc.

103. Implicherebbe proroga di giurisdizione e perciò sarebbe illegale la *rinuncia preventiva ad impugnare la sentenza*, cioè il patto che fosse stabilito fra le parti, innanzi di iniziare il giudizio di prima istanza, di ritenere inappellabile la sentenza che quivi sarà per emanarsi; o quello di non ricorrere in cassazione, stabilito prima di intraprendere il giudizio d'appello, ecc. Simili patti essendo stipulati *contra legem* non avrebbero efficacia obbligatoria. Infatti nel ripartire la giurisdizione secondo il criterio dei gradi, tanto la legge sull'ordinamento giudiziario, quanto il codice di procedura assegnano espressamente ai tribunali funzione di giudizi *di prima istanza;* come, implicitamente tali, le assegnano ai pretori; ed in simili guise determinano la competenza di ogni magistratura. Ora la rinuncia preventiva allo appello altererebbe la giurisdizione dei giudici di prima istanza e quindi *la prorogherebbe;* perchè in realtà li tramuterebbe in giudici *di ultima istanza;* trasfonderebbe cioè in loro la competenza riserbata alla magistratura di secondo grado, amalgamandola a quella che normalmente essi posseggono. E così dicasi rispetto agli altri casi analoghi. A confermare siffatto modo d'intendere la legge soccorre la considerazione che rispetto ai giudizi arbitramentali, il legislatore avendo voluto conferire validità alle preventive rinunzie all'appello ed alla cassazione, trovò necessario di farne esplicita dichiarazione (art. 28, n. 3 e 31, n. 2 cod. di proc.). Non mancano scrittori che sostengono la validità di codeste rinuncie preventive, poichè, a parer loro, non essendone sovvertiti i gradi della giurisdizione, non vi ha proroga di essa. Ed inoltre invocano l'autorità del diritto romano che, rispetto all'appello, le permetteva (L. 1, § 3, Dig., 49, 2). Ci

sembra però che il primo argomento risolva la questione con la questione, giacchè in esso si afferma, come dato certo, il *quod erat demonstrandum*. In quanto al secondo, pecca per difetto di adattabilità, giacchè l'appello, nel processo civile romano, aveva caratteri ben diversi dagli attuali.

Appena è utile notare che il tema qui trattato non va confuso con le *rinuncie* ad impugnare sentenze *già proferite*, o con la *accettazione spontanea* della parte soccombente, che in altra parte saranno prese in esame (vol. II, n. 604 e seg.).

104. La severità della legge cede del tutto davanti alla volontà delle parti, quando si tratta di *competenza relativa*. Ed è riguardo ad essa, giova ripeterlo, che stanno scritte ed hanno valore le ultime parole dell'art. 69. La ragione abbastanza semplice, fu già esposta. Tutti i codici d'altronde vi hanno reso eguale omaggio. Anzi si va più in là; alle parti che vogliono rispettate le regole della competenza relativa è fatto obbligo di usare particolarissima diligenza, perchè l'eccezione da loro opposta lo sia in modo e tempo da meritarle l'onore della discussione. Il capoverso dell'art. 187 così dispone: « In ogni altro caso *(che non sia cioè d'incompetenza assoluta)* l'eccezione d'incompetenza deve essere proposta *prima di ogni altra istanza o difesa*, nè si può pronunziare d'uffizio ».

105. Vi ha pertanto una doppia forma di proroga qui efficace. Quella che deriva da convenzione, ossia da esplicito assenso degli interessati; quella che sorge dalla interpretazione che la legge dà al loro silenzio. La quale interpretazione è stata voluta dal legislatore per eliminare dalle liti un elemento di tergiversazione più spesso capace di fornire un'arme insidiosa ai litiganti di mala fede che un coefficiente alla buona amministrazione della giustizia. In conseguenza l'attore non potrà mai eccepire l'incompetenza relativa del giudice avendola egli accettata col fatto stesso di proporre la domanda innanzi a lui.

La convenzione delle parti per derogare all'ordinaria competenza territoriale può essere espressa e diretta, ovvero può anche risultare dalla elezione di domicilio fatta *in un comune*, come è indicato nell'art. 40 che in precedenza (n. 55) fu esaminato. Sul proposito sarà dato qualche nuovo cenno, quando tratteremo della competenza territoriale in ispecie.

Rispetto alla competenza per connessione o continenza di lite, soggetta pure a deroga per volontà concorde delle parti, non si potrebbe ammettere che l'elezione di domicilio fatta in relazione ad un determinato negozio giuridico, possa costituire ostacolo al vincolo della detta connessione o continenza, il quale è per sua natura assorbente e dipende da un fatto posteriore, probabilmente non preveduto in origine dalle parti, come è appunto una accidentale congiunzione logica della controversia con altra soggetta a diversa competenza.

106. Se il citato capoverso dell'art. 187 fa obbligo alle parti di dedurre le eccezioni d'incompetenza relativa *prima di ogni altra istanza o difesa*, ciò deve intendersi in un significato rigoroso, ma non esagerato. Quindi la parte che citata ad udienza fissa sia comparsa ed abbia ottenuto uno o più rinvii, anche per provvedimento di giudice malgrado la opposizione dell'avversario, rimane in facoltà di provocare la dichiarazione d'incompetenza, ovvero *declinatoria del foro*, come pure si usa dire (art. 189); giacchè la domanda di rinvio non costituisce nè *istanza* nè *difesa*, ma *atto di preparazione* a produrre queste e quelle. Del pari, in giudizio formale, la dichiarazione generica d'impugnare tutte le domande dell'attore, o di chiederne il rigetto, ecc., espressa nell'atto di costituzione di procuratore, comprende o sottintende tutte le eccezioni d'ordine e fra le altre la declinatoria del foro. La eccezione d'incompetenza relativa può essere opposta dal contumace in qualunque tempo comparisca, e così anche *in grado d'appello*, giacchè nel periodo della contumacia nessuna istanza o difesa è stata proposta (v. art. 190).

È da osservare a questo riguardo che il divieto al giudice di pronunziare d'uffizio la incompetenza relativa si applica altresì nel caso della contumacia.

107. L'eccezione di declinatoria proposta in un medesimo atto con altre istanze o difese, dovrà precederle *nell'ordine delle conclusioni* presentate al magistrato: non è però da pretendere che nella esposizione dei motivi mercè i quali le conclusioni si giustificano, sia menzionata per la prima, poichè questa sarebbe una vera esagerazione di formalismo.

Se poi essa sia proposta *dopo* altre istanze o difese, ma la parte contro cui viene dedotta non impugni la sua tem-

pestività, potrà il giudice, *d'uffizio*, respingerla per questo motivo? Non lo crediamo, e infatti non vi è traccia di una simile sanzione nella legge, che è sola fonte dei poteri del giudice.

108. Alle eccezioni d'incompetenza *assoluta* sono in certo senso parificate (art. 188) quelle di *connessione* e di *litispendenza*. È stabilito, cioè, nell'indicato testo, che l'eccezione d'incompetenza pei detti titoli può essere opposta in qualunque stato e grado di causa; non s'aggiunge però che debba anche essere pronunziata d'uffizio.

Rinviamo al capo sesto (n. 185 e seg.) la trattazione di questo punto, dovendo ad esso precedere le nozioni della *litispendenza* e della *connessione*.

109. Un altro principio generale in tema di competenza è quello segnato nell'art. 68 del codice: « Nessuna autorità giudiziaria può delegare ad altra la propria giurisdizione, salvi i casi stabiliti dalla legge ».

Dal punto di vista della espressione di un concetto politico, questo principio è uno dei cardini della giustizia civile; non potendosi consentire che un'autorità, costituita dalla legge con l'attributo di giudicare certe controversie, ne declini l'onere, trasmettendolo ad altra, che pure potrebbe imitarne il malo esempio. Non è, del resto, da intendere il divieto dell'art. 68 come riferibile al significato storico delle delegazioni di giurisdizione, giacchè qui il divieto è ristretto a rapporti fra diversi organi della funzione giurisdizionale. Piuttosto che un divieto, è da considerare, in senso giuridico, che questa sia una disposizione permissiva limitata; infatti vi sono non pochi casi in cui il magistrato, per adempiere il suo ufficio (p. es. per compiere un atto d'istruzione fuori dal territorio giurisdizionale), deve ricorrere all'opera sussidiaria di altro magistrato; il quale, sebbene agisca in virtù del proprio potere, surroga o rappresenta temporaneamente quello che ordinò l'atto e a cui è riserbato, dopo l'esecuzione, l'apprezzamento della sua influenza sulla lite e della stessa sua regolarità processuale. Simili espedienti sono riconosciuti necessari anche nei rapporti internazionali (vedasi la convenzione dell'Aja, 14 novembre 1896, articoli 5 a 10).

CAPO III.

Competenza per valore.

110. Per la legislazione francese e per la sarda del 1854, la determinazione del valore d'una lite fu richiesta a due effetti: il primo, di stabilire innanzi a quale magistrato debba essere portato il giudizio; l'altro, di far riconoscere se le sentenze siano o no suscettibili d'appello; imperocchè dentro certi limiti di valore, tanto quelle dei giudici di pace, o rispettivamente dei pretori, come quelle dei tribunali, furono dichiarate, nelle dette legislazioni, inappellabili. Il codice italiano, seguendo l'esempio di quello sardo del 1859, ammette in massima l'appellabilità di tutte le sentenze (articolo 481). In tal modo, la ricerca dei criteri migliori per servire alla determinazione del valore di ciascuna lite non ha altro scopo se non quello di guidare nella scelta del giudice competente a deciderla. Se il campo delle indagini è così più circoscritto, non è per questo meno bisognevole di una diligente e minuta esplorazione.

111. Come si determina il valore d'una causa?

Vi ha un principio generale, contenuto nella prima parte dell'art. 72, che vuol essere anzitutto ben compreso. « *Il valore della causa si determina dalla domanda* ». Niuna più felice e chiara spiegazione ne potremmo dare di quella contenuta nelle parole d'Ulpiano da cui la regola fu ricavata: *Quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur* (L. 19, § 1, Dig., 2, 1); o, se si vuol dirlo in altri termini: siccome la giustizia civile tutela il diritto privato nei limiti della cura che se ne dà l'interessato, così non è da ricercare se chi domanda uno avrebbe diritto a dieci; il confine della lite è già segnato dalla sua domanda, qualunque sia l'effettivo valore del diritto su cui questa si fonda. E per converso, se un attore chiede dieci mentre non gli spetta che uno, è la domanda che ancora misura il valore della lite; in realtà la controversia è sopra dieci; e dalla disputa su questa ampiezza di litigio, dipende la determinazione di

più o meno ristretti confini al diritto, mediante il definitivo giudizio (1).

112. Anche esaminandola nella modesta cerchia di queste generalità, la regola esposta ha un'importanza non lieve. Valga un facile esempio a dimostrarlo. Chieggonsi in giudizio gli interessi scaduti su di un capitale fruttifero, somma certamente assai piccola in confronto al capitale. Il diritto agli interessi è un accessorio del diritto al capitale, nè la decisione che condanna al pagamento di quelli può a meno di supporre riconosciuto il debito principale. Pure la causa al momento in cui viene iniziata si valuta dalla somma degli interessi; e l'intima ragione è questa: che la sentenza non potrà avere *effetto di regiudicata* se non sopra l'oggetto del giudizio, vale a dire sulla *domanda;* nè pregiudica le eventuali future controversie, di qualsivoglia specie e natura, sovra ciò che alla *domanda* non apparteneva e che nel giudizio non fu discusso.

La quale spiegazione si applica ugualmente nei casi in cui la domanda *ecceda* l'estensione del diritto. Imperocchè la sentenza che accorda *uno* a chi domanda *dieci*, statuisce che *il di più non gli è dovuto,* e per conseguenza ha autorità di cosa giudicata su *dieci* e non già su *uno* solamente.

È agevole comprendere quanto v'ha di razionale e di rigorosamente scientifico nel dare alla valutazione pecuniaria della lite l'estensione medesima che avranno gli effetti della sentenza. Invero, quale è la meta definitiva della domanda giudiziale, se non il conseguimento di una deliberazione irrevocabile su quanto ne forma l'oggetto? D'altronde, se non si desumesse dalla *domanda* il valore della causa, mancherebbe la possibilità di fissare un giudice innanzi al quale portarla; e se si pretendesse por mente all'effettività del diritto, la quale non potrebbe essere determinata se non *a posteriori*, cioè in base alla decisione giudiziaria, dovrebbe essere detta *senza valore* la causa quando la sentenza, negando il diritto, rigetti la domanda.

---

(1) Considerando solo questo secondo punto di vista, parecchi dei codici anteriori hanno dichiarato che il valore della causa si determina dalla domanda e non da quanto viene sulla medesima deciso (v. art. 29 codice sardo 1854, ecc.).

113. La *domanda* a cui allude la regola ora esposta, è ciò che l'attore *si propone di ottenere;* l'esempio già accennato, di una domanda di interessi, ci dispensa dallo sviluppare di più il significato di quel vocabolo e dal dimostrare che il criterio delle analisi di valutazione non sta mai nei *motivi* ossia nei fondamenti di fatto o di diritto della domanda, ma nelle sue *conclusioni.* Le quali del resto ben possono offrire dissimiglianze notevoli pur discendendo da motivi perfettamente analoghi. Suppongasi: io *espongo* nella citazione il fatto di essere creditore di una somma verso il convenuto, di avere stipulato sopra di essa la corresponsione d'interessi, e *chiedo* il pagamento di una rata di questi ultimi. Il valore della causa è quello degli interessi domandati. Invece: esponendo le medesime circostanze, e pel fine di premunirmi contro prevedute o già verificate opposizioni del convenuto, *chiedo* che il giudice dichiari la liquidità ed esistenza del credito ed insieme pronunci la condanna del convenuto a pagare gli interessi. Il valore è allora dato dalla somma del capitale unita con quella degli interessi domandati, perchè io avrò provocato un giudizio anche sul credito principale col proposito di far sorgere l'autorità di una regiudicata relativamente al medesimo.

114. Le domande giudiziali possono avere per oggetto *una somma di danaro,* ovvero la prestazione *di una cosa mobile,* ovvero la proprietà di *un immobile,* od un diritto al medesimo relativo. Vi sono poi diritti d'indole strettamente personale, che non si possono rappresentare nè in una cosa nè in una somma di danaro. Codeste varietà d'oggetti delle civili controversie rendono indeclinabile la designazione di criteri appositi per ciascheduna categoria, onde ne sia reso sicuro e costante il metodo di valutazione.

115. La minore difficoltà per questo riguardo è offerta dalle domande che hanno per oggetto una somma di danaro, in quanto esse recano in se stesse la loro valutazione. Il legislatore ha voluto avvertire, per opportuna cautela, nel primo capoverso dell'art. 72 che « gli interessi *scaduti,* le spese e i danni *anteriori alla domanda giudiziale* si sommano col capitale per il calcolo del valore ». Gli *interessi scaduti* prima della data della domanda sono quelli divenuti

esigibili a questo giorno, non quelli che siano ancora da scadere. Gli interessi legali si devono quindi calcolare giorno per giorno, fino alla data della citazione; quelli convenzionali in relazione alle rate e scadenze pattuite per il loro pagamento. Non è vietato di chiedere anche gli interessi posteriori alla domanda, o le rate in corso, ma non essendo provato che alla loro scadenza non verranno pagati, sarebbe meno giusto considerarli *a priori* come controversi. Arroge che gli interessi successivi alla domanda rappresentano sempre una somma indeterminabile non solo nel dì in cui si promuove il giudizio, ma in quello pure in cui la sentenza viene pronunziata. Però va inteso che gli interessi *scaduti* da computare sono quelli che l'attore *domanda* come ancora dovutigli; se egli non chiede pagamento d'interessi, o se dichiara essergli già stati soddisfatti tutti quelli scaduti, non possono entrare nel calcolo. Le *spese* sono quelle di qualsivoglia specie occorse per la tutela del diritto sino al momento della domanda, che possono avere carattere stragiudiziale o giudiziale: di questa ultima specie sarebbero le spese d'un sequestro, d'una perizia preventiva, di un esame a futura memoria, di un protesto e della sua notificazione, eseguite prima di intraprendere il giudizio, od altre affini. Per le spese stragiudiziali è da esaminare di volta in volta se siano *ripetibili*, cioè se realmente siano state necessarie allo scopo indicato di sopra.

In quanto ai *danni anteriori alla domanda,* devono i medesimi essere computati per la somma della quale sia chiesto l'effettivo pagamento. In generale i danni derivati dall'inadempimento di obbligazioni che hanno per oggetto somme di danaro, si risolvono negli interessi di mora (articolo 1231 cod. civile). Ma quando si chiegga, in via accessoria ad una pronunzia principale, la condanna generica al rifacimento dei danni, o la riserva dei medesimi, salva la liquidazione in altra sede, teniamo per fermo che non si possa considerare questa domanda come un elemento che accresca il valore della causa. In ordine alla semplice *riserva*, non è nemmeno d'uopo ragionarne, giacchè le riserve non creano diritti. Per la *domanda generica,* contenendo essa sempre implicita la clausola *se ed in quanto ve ne siano e se*

ne dimostrino, è manifesto che acquista concreto valore pecuniario soltanto nel giudizio di accertamento e di liquidazione. Ed una volta che questo viene rimandato ad altra sede, non vi ha materia peranco ad alcuno apprezzamento su di un diritto che ignorasi se potrà essere comprovato e liquidato.

116. I *beni mobili* sono generalmente di facile valutazione. Ai criteri obbiettivi, quand'anche di maggiore esattezza, il legislatore preferisce però opportunamente in molti casi quelli tratti da una presunzione della legge o dal consenso delle parti; e ciò per l'intendimento prudentissimo di evitare nel maggior numero possibile di casi complicazioni e tergiversazioni all'esordire delle liti. La scelta del giudice devesi poter fare prontamente, senza di che l'azione della giustizia medesima rimane seriamente compromessa.

Quindi si spiega facilmente la ragione della regola scritta nell'art. 80: « Nelle controversie relative a beni mobili, il valore della causa è determinato dall'attore nella domanda ». Non essendo malagevole, nè per l'avversario, nè pel giudice, di rilevare le troppo forti esagerazioni, d'ordinario l'attore si guarderà da esse; per altra parte egli ha pur bisogno di giustificare *perchè abbia scelto quel giudice;* e la designazione del valore che egli faccia nell'atto della domanda, serve a tale effetto.

L'attore per avventura può omettere di esprimere la valutazione da lui attribuita alla cosa controversa. Allora, soggiunge il primo capoverso dell'articolo citato, *si presume che il valore sia di competenza dell'autorità giudiziaria adìta.* Ed è giusto: la presunzione scaturisce dal fatto medesimo di aver portato la domanda innanzi a quell'autorità. Ma ci sembra che qui la legge non sia abbastanza completa. Essa avrebbe dovuto soggiungere che il convenuto ha diritto di provocare la *determinazione del valore,* quando lo creda di suo interesse. Per chiarire l'opportunità dell'aggiunta valga un esempio: l'attore propone istanza per rivendicare un oggetto qualsiasi, senza precisarne il valore; pel fatto medesimo di aver adìto il tribunale, egli dimostra di valutarlo più di millecinquecento lire. Il convenuto, qualora sia convinto

che effettivamente l'oggetto abbia un valore di millecinquecento lire o poco più, non può muovere obbiezioni sulla competenza. Egli viene condannato alla restituzione, ma intanto l'oggetto, per causa naturale o accidentale, ha cessato di esistere. Nell'attore sorge il diritto all'indennizzo; ma non è certo detto che debba limitarsi a chiedere millecinquecentuna lire. Quando adiva il tribunale può avere pensato di attribuire all'oggetto della controversia il valore di diecimila lire; rimane adunque sconfinatissimo il campo per la pretesa di indennizzo. Mentre se avesse dichiarato nella citazione il valore della domanda, molto più spedita e semplice si presenterebbe la risoluzione della nuova lite nel caso accennato, o negli analoghi che facilmente si possono ripetere (1).

117. Ma quando l'attore *dichiari* il valore che attribuisce alla cosa, la legge non obbliga il convenuto ad accettarlo in silenzio. Essa ben vide quanto pericolo per lui si racchiuderebbe in una prescrizione di tal genere. Dispone il secondo ed ultimo capoverso dell'art. 80: « Il convenuto, nella prima risposta, può impugnare il valore dichiarato o presunto come sopra. In questo caso il giudice decide, allo stato degli atti, se il valore della causa sia nei limiti della sua competenza ». Siffatto precetto che non esisteva nel codice sardo e nemmeno nel progetto Pisanelli, fu tolto, secondo attesta la relazione del guardasigilli al re, dall'art. 91 delle leggi napolitane che stabiliva: « Il valore dei ducati trecento, fissato dalle leggi organiche per la competenza dei giudici di circondario, debbe essere o determinato, o deter-

(1) Non è senza interesse notare che il codice sardo del 1859 provvedeva in altra guisa contro l'inconveniente accennato, disponendo nei due ultimi capoversi dell'articolo 40:

« La dichiarazione del valore espressa dall'attore per determinare la competenza, non lo pregiudica nel diritto di avere la cosa propria.

« L'accettazione della competenza per parte del convenuto non toglie ad esso il diritto di far constatare il valore vero, pel caso d'impedita restituzione ».

La prima delle quali regole è da tenersi come sussistente anche oggi, malgrado il silenzio del codice. Ed anche la seconda dovrebbe applicarsi per necessità, almeno nei casi contemplati dal primo capoverso dell'articolo 80, sebbene essa non basti a prevenire la difficoltà nel nostro esempio accennata.

minabile prontamente e *senza estrinseche pruove ed altre indagini;* altrimenti si avrà come indeterminato ». Ciascuno può rilevare la notevole differenza fra tale disposizione e il sistema dell'art. 80.

Possiamo ammettere che il precetto di decidere sulla competenza *allo stato degli atti,* equivalga di fatto al *divieto di estrinseche pruove ed altre indagini,* scritto nella legge napolitana? Lo asserisce la citata relazione; ma non avendo essa valore di interpretazione *autentica* (v. art. 73 dello statuto), ci permettiamo di dissentirne. Qualunque fosse l'*intenzione* dei redattori, le parole « *allo stato degli atti* » non implicano *divieto d'istruttoria* (1). S'intende che questa dovrà essere ordinata solamente se proposta dalle parti o da una di esse, e se il giudice, nel caso di loro discordia, avvisi che sia utile allo scopo (2). Mancando proposta di prove orali non è certo vietato al giudice di giovarsi dell'esame di titoli, od anche della notorietà di fatti o circostanze; egli non ha del resto l'obbligo di decidere *soltanto* sulla competenza; bensì, se la causa sia matura a decisione in merito e la riconosca di sua competenza, potrà pronunziare su questa e sul merito insieme.

Circa l'obbligo fatto al convenuto di impugnare il valore *nella prima risposta* è da avvertire: in primo luogo non essere certamente necessario che siffatta impugnativa *preceda ogni altra istanza o difesa,* come è prescritto per la declinatoria del foro nel capoverso dell'art. 187 (v. n. 103):

---

(1) Si tenga presente che, secondo le regole vigenti per l'istruzione processuale, quando le parti sono d'accordo che si debba eseguire una prova, il magistrato non ha potere di discuterne preventivamente la legalità. Ma ciò che più vale è la avvertita differenza, intuitiva e profonda, fra il concetto e il linguaggio delle leggi napolitane e quelli del codice. Il legislatore napolitano mirò a due scopi: 1° assicurare la maggiore celerità e semplicità di forme nei giudizi di minore importanza deferiti al giudice singolo; — 2° impedire che il giudice stesso, con valutazioni complicate (e quindi più facilmente arbitrarie) tentasse di oltrepassare i confini della competenza assegnatagli. Nulla di ciò è nei fini e nella parola dell'art. 80, all'interpretazione del quale, pertanto, le leggi napoletane non recano luce.

(2) La facoltà di assumere prove d'ogni specie per accertare la competenza è stabilita nel § 3 del codice di procedura germanico, che ricordiamo *infra,* al n. 120, in fine. E la ammette pure la norma di giurisdizione austriaca, nel § 60.

in secondo luogo che la omissione della impugnativa nella prima risposta *non induce decadenza,* sebbene alcuni proceduristi lo insegnino. Si tratta di eccezione d'incompetenza per *valore,* e l'art. 187 permette di elevarla in ogni stato e grado di causa. Il ritardo avrà per sola conseguenza l'onere delle spese inutilmente effettuate e cagionate.

Se l'attore non abbia dichiarato il valore e il convenuto non abbia elevato alcuna eccezione, ma il giudice dagli atti rilevi la prova della propria incompetenza, è certo che dovrà pronunziarla d'uffizio.

118. La regola dell'art. 80 riceve una parziale modificazione quando oggetto della domanda sono *derrate* da corrispondersi a titolo periodico, per causa di locazione o di colonìa, o di enfiteusi, o di rendita perpetua o vitalizia, o per qualunque altro titolo. In simili casi, se *dal titolo* risulta stabilito il valore, tale indicazione è preferita ad ogni altra, come quella che riceve autorità dal consenso delle parti. Se manca, subentra qui pure l'obbligo nell'attore di fare la dichiarazione. In difetto di questa, il valore si desume dai prezzi medii del mercato più vicino al luogo della prestazione. Tali le disposizioni dell'art. 78. L'opportunità che sia preventivamente accertato, in tutti questi casi, il valore delle prestazioni, nasce da ciò che più frequente è in essi il bisogno di ricorrere al pagamento in numerario, se il debitore non consegna la cosa dovuta. Quanto *ai prezzi medii del mercato più vicino,* riteniamo che non si tratti di media da determinare con riguardo ad un certo *periodo di tempo*, la cui durata sarebbe affatto arbitraria dal momento che la legge non ne fa cenno, ma bensì della *media attuale*, ossia di quella che risulta dal confronto tra i prezzi massimi e i minimi praticati sul mercato *nel tempo in cui è spiegata la domanda.* È certo infatti che in armonia alle regole generali di diritto, per le prestazioni di cui si parla non si può pretendere la qualità *ottima* (prezzo *massimo*) nè si ha diritto di dare la *pessima* (prezzo *minimo*).

119. Appartengono alla categoria dei *beni mobili* tutti quelli con tal nome qualificati dal codice civile (art. 416 e seguenti). Fra essi sono da collocare anche i diritti che

scaturiscono dai contratti di locazione, quando si tratta del pagamento di fitti, pigioni, mercedi, che è semplice domanda *di somme di danaro*. Ma qualora si controverta sopra la validità o la durata del contratto, si esercita un'azione personale ancora, la quale è relativa a beni mobili od immobili, secondo la natura della cosa locata. Il criterio di valutazione accolto per questo caso dalla legge è molto razionale: il valore della causa si determina cumulando i fitti, le pigioni, le mercedi, di che si contende e gli accessori (art. 77). La triplice indicazione dei fitti, delle pigioni e delle mercedi, dinota che la regola si applica ad ogni specie di locazione compresa quella delle opere. La frase: *di cui si contende*, va intesa in lato senso: la controversia può riguardare tanto in via diretta, come in via indiretta le rate da cumularsi. Un inquilino non ha pagato la pigione scaduta: il locatore chiede il pagamento di essa e la immediata rescissione del contratto; le rate da sommare saranno tutte quelle che *rimarrebbero da pagare* se il contratto avesse seguitato sino al suo termine stabilito, compresa la rata scaduta; poichè tutte codeste rate *rappresentano il diritto dell'inquilino al futuro godimento dello stabile*, ch'è appunto l'oggetto della disputa sollevata colla domanda di rescissione. Gli *accessori* non sono solamente le spese, i danni anteriori alla domanda e gli interessi scaduti, ma anche quelle appendici in natura che talvolta vengono pattuite fra il proprietario e il conduttore di fondi rustici, o quelle personali prestazioni che pure entrano in certi casi fra i corrispettivi della locazione, ecc. Quando il fitto debbasi pagare in derrate, il valore delle medesime si stabilisce per un anno, seguendo il sistema dell'art. 78, accennato nel numero precedente e si fa poi il cumulo delle annualità come ora abbiamo detto (1).

---

(1) L'articolo 77 non contempla però le azioni *di sfratto per locazione finita*, delle quali si tiene discorso nel capo seguente (n. 149). Deve inoltre essere ricordato che giusta l'articolo 10, n. 2, della legge 16 giugno 1892 sono di competenza dei conciliatori le azioni relative alle locazioni di beni immobili nel limite di lire cento, e quella di sfratto se la pigione od il fitto per la rimanente durata della locazione non ecceda il detto valore. Vedansi in proposito le osservazioni esposte al n. 149.

120. Il problema relativo alla valutazione degli immobili, per averne norma nei casi in cui la controversia riguarda i beni stessi o i diritti reali che vi si riferiscono, ha una gravità giuridica ed economica di molto rilievo. Essa è attestata dalla medesima varietà dei sistemi che sono stati accolti dai legislatori in siffatto proposito.

In Francia, le controversie di cui parliamo sono soggette sempre alla competenza dei tribunali; ma, a seconda del valore rispettivo, sono decise inappellabilmente o con diritto d'appello. La linea di divisione tra le due categorie fu tracciata nell'art. 1° della legge 11 aprile 1838, che dichiara soggette a giudizio inappellabile *(en dernier ressort)* le azioni immobiliari *sino a sessanta lire di reddito, determinato sia in rendita, sia come prezzo di locazione.* Questo criterio è stato sempre fecondo di enormi difficoltà e di infinite controversie. La *rendita* di un immobile può di leggieri essere simulata od alterata; d'altronde essa è eminentemente variabile e non fornisce sempre una valutazione esatta. Basta leggere in un qualunque trattato di procedura francese la esposizione degl'inconvenienti di tale sistema, per intendere l'opportunità di evitarli.

La legislazione processuale austriaca ha adottato il sistema di ritenere come valore di un immobile l'importo che viene preso in considerazione qual valore di stima imponibile per la commisurazione delle tasse (§ 60 della norma di giurisdizione del 1895).

Le leggi napolitane, per la estimazione del valore prendevano per base la rendita annua imponibile iscritta nella matrice dei ruoli fondiari, operando su questa base la capitalizzazione mercè la moltiplicazione per quindici se si trattasse di fondi rustici e di dieci se di edifizi (art. 92).

Il codice parmense, pur deferendo le azioni reali immobiliari ai tribunali civili, ne volle determinato il valore per l'effetto dell'appellabilità; niun altro criterio però esso indicava, fuori che la domanda dell'attore, il quale poteva dichiarare che invece dello stabile o del diritto reale per cui agiva, si sarebbe accontentato di una somma di danaro non superiore a lire milleduecento; in difetto di dichiarazione la lite era suscettiva di appellazione (art. 75).

Ugualmente sulla dichiarazione dell'attore fondava il codice estense la distinzione fra le azioni reali (mobiliari ed immobiliari) soggette in primo grado alla competenza del giusdicente (pretore) e quelle devolute al tribunale di prima istanza. In mancanza di dichiarazione non ammettevasi la competenza del giusdicente.

Il regolamento gregoriano desumeva il valore degli immobili dalle stime censuali (§ 457); ma nei casi di incertezza la dichiarazione dell'attore, di non valutare più di duecento scudi la cosa controversa, rendeva competente senz'altro il giudice singolo (§ 3 della notificazione 11 marzo 1834).

Il codice sardo del 1854 accettava come primo criterio per stabilire il valore dei beni immobili, *i titoli;* in difetto di questi prescriveva di determinarlo moltiplicando per cento *il tributo prediale* (art. 40); nondimeno ognuna delle parti era in facoltà di chiedere *la perizia* a proprie spese (art. 42). Analoghe discipline ripeteva il codice del 1859 (art. 39).

Il codice dell'impero germanico ha soltanto la seguente disposizione generale nel § 3: « Il valore dell'oggetto della lite è stabilito dal tribunale secondo il suo libero apprezzamento; all'uopo potrà ammettere la proposta di una prova od ordinare una visita dei luoghi ed una relazione di periti ».

121. Di tutti i metodi che si offerivano alla sua elezione, il legislatore italiano preferì il più semplice, quello, cioè, che permette di determinare il valore della causa con maggiore prontezza e perspicuità, rendendo impossibili le controversie preliminari non meno che i dispendiosi perditempi di indagini probatorie. È desso il metodo della valutazione in base al *tributo fondiario.* Ma per dare maggiore semplicità al suo sistema, ha tenuto in contemplazione solamente il *tributo diretto verso lo stato.* Le sovrimposte comunali e provinciali sono escluse perciò dal calcolo; ed è bene, attesa la variabilità più frequente della loro misura, sia nei diversi territorii comunali e provinciali, sia in anni successivi nel medesimo territorio. Il tributo diretto che si paga effettivamente allo stato, *moltiplicato per cento,* indica il valore capitale dell'immobile: ed è questo il solo criterio su cui si adagia la determinazione del valore della lite. Nè

titoli, nè stime, nè consenso di parti, possono influire minimamente nella indagine, la quale si esaurisce colla pura e semplice presentazione del certificato catastale (art. 79, alin. 1°).

Si può obbiettare che il centuplo del tributo diretto non è sempre la esatta espressione del valore venale degli immobili. Per lo meno è esso una espressione che si approssima al vero; e siccome serve *soltanto per determinare la competenza*, il difetto che può avere rimane esuberantemente compensato dai grandissimi ed innegabili pregi di semplicità, prontezza e sicurezza che gli sono inerenti.

È noto però che vi sono parti del territorio nazionale non ancora provvedute, o non fornite completamente, di tavole e mappe catastali; e possono darsi altre ragioni per cui talvolta un immobile non sia soggetto al tributo fondiario. Anche in mancanza di questo criterio ufficiale, il legislatore ha voluto andare per la via breve; il valore della causa si presume, in difetto di determinazione del tributo, superiore sempre a lire millecinquecento; quindi essa è di competenza dei tribunali (art. 79 ult. capov.) (1).

Se pertanto venga istituita un'azione immobiliare senza presentare il certificato del tributo, dove esistano i libri del catasto, dovrà il magistrato prescrivere d'uffizio la presentazione di un tal documento; giacchè esso è l'unica fonte da cui gli è permesso desumere se la causa sia o no di sua competenza, per esaurire la ricerca impostagli dall'art. 187.

122. Le azioni reali immobiliari non tutte riguardano la *proprietà* di un immobile; quindi non sarebbe sempre esatto assumere l'intiero valore dell'immobile come quello della lite. Vi hanno pertanto nel citato articolo 79 talune convenienti distinzioni. E precisamente:

a) se la controversia cade sull'*usufrutto* ovvero sulla *nuda proprietà*, il valore isolato di uno di questi diritti si

(1) Si eccettui il caso in cui l'immobile non paghi tributo, perchè questo risulterebbe inferiore ad un centesimo di lira. In tale ipotesi la moltiplicazione per cento può aver luogo tuttavia sulla base del centesimo, e non mancherebbe quindi il modo di stabilire il valore della controversia col sistema legale. Crediamo poi che non sarebbe stato male ammettere la competenza del pretore, anche nel caso di mancanza dell'iscrizione in catasto, quando *fosse evidente* che il valore dell'immobile non eccede i limiti di questa competenza.

considera come *metà* di quello della proprietà piena; e quindi il tributo diretto viene moltiplicato per *cinquanta* (art. 79, capoverso primo);

b) se si disputa sul *regolamento di confini*, è chiaro che solamente una zona di terreno forma oggetto di controversia fra i proprietari confinanti; sarebbe assurdo apprezzare in questo caso la lite in relazione al valore dei due fondi contigui o di uno dei medesimi; — la legge prescrive che si valuti *la parte di proprietà controversa*, mediante la moltiplicazione per cento del relativo tributo (art. 79, capoverso terzo) (1);

c) se si tratta di *servitù prediale*, il valore della lite è determinato da quello *del fondo serviente* (art. 79, capoverso secondo); a dir vero il valore controverso sarebbe qui realmente costituito dalla *diminuzione di valore che subisce il fondo serviente*, ma vista la difficoltà di determinarla senza complicate ricerche, la legge ha preferito un criterio più semplice, quantunque alquanto grossolano, essendo indubitabile che per quanto grande sia il valore di una servitù, esso non potrà mai oltrepassare e nemmeno uguagliare quello del fondo su cui è imposta. Ma poichè i termini della disposizione contemplano *il fondo serviente*, senza restrizione di sorta, è giuocoforza ritenere che s'abbia da considerare il valore dell'intero fondo anche quando la servitù (come del resto avviene molto spesso) ne colpisca soltanto una zona circoscritta; in vero, il deprezzamento cade su l'intiero fondo, a cagione della servitù, non su lo spazio più o meno esteso nel quale è esercitata. Si eccettui però il caso di unione o aggregazione di fondi, uno dei quali, per legge o per fatto dell'uomo, fosse già gravato antecedentemente di servitù, qualora malgrado l'unione o aggregazione esso abbia conservato i proprii elementi censuari e catastali che permettono di determinarne il particolare tributo. Il valore del fondo serviente è naturalmente ottenuto centuplicandone il tributo diretto erariale. Non sempre è facile determinare quale sia il fondo serviente;

---

(1) Se non sarà possibile determinare propriamente il tributo relativo alla parte di proprietà in controversia, si deve prendere per base quello imposto sulla unità censuaria (numero di mappa) in cui essa è compresa.

così, ad esempio, nei casi di servitù legali, che consistono per lo più in reciproche limitazioni fra proprietà contigue o vicine, è necessario discernere la varia forma in cui può presentarsi un'azione in giudizio, tener conto della finalità della domanda, dell'interesse della parte che la propone, per stabilire, secondo i casi e le circostanze, quale debba considerarsi che sia nella specie il fondo serviente per la valutazione della controversia. La disposizione in esame si applica non meno alle controversie sulla *esistenza* che a quelle sull'*esercizio* delle servitù.

123. Una osservazione può riuscire utile nella pratica, quantunque sovra il suo oggetto non sembri ammissibile veruna discussione. L'art. 79, nel suo primo alinea dichiara formalmente che il criterio di valutazione ivi contenuto si applica al caso di controversia *sulla proprietà* di beni immobili. I singoli capoversi dello stesso articolo specificano pure le classi di litigi per cui ciascuna delle successive regole è dettata. Quindi tutte le volte che le azioni non entrino in una od altra categoria di quelle nell'articolo tassativamente designate, cesserà dall'essere applicabile il sistema di valutazione stabilitovi. Pertanto le azioni *personali*, quando anche relative ad un immobile, non sono soggette alle regole dell'art. 79, ma il valore della causa si determina sulla base della domanda secondo le norme generali già esposte. E analogamente dicasi di ogni azione reale diversa da quelle che la legge specificamente menziona.

Rammentiamo che la dottrina è concorde nell'applicare il metodo di valutazione stabilito nell'art. 79 quando si tratta della stima di immobili che siano oggetto di una domanda di divisione. La giurisprudenza invece è perplessa.

124. Suscita dubbi il caso di controversia sul diritto dell'enfiteuta (utile dominio), non dettando la legge in modo specifico il metodo di sua valutazione.

Il valore del dominio enfiteutico od utile è, economicamente, quello della proprietà libera, diminuito del capitale corrispondente al canone che si deve pagare, nei periodi stabiliti, al direttario. Converrebbe quindi, per conoscere siffatto valore, promuovere una stima; ma poichè il metodo delle stime, a scopo di determinare la competenza, è costan-

temente respinto dal legislatore, questa via non può giudicarsi la buona. Rimarrebbe di moltiplicare per cento il tributo diretto dovuto allo stato, per avere il valore presuntivo della proprietà libera; da questo, poi, detraendo il capitale del canone enfiteutico, si otterrebbe il residuo indicante il valore del dominio utile. La soluzione sarebbe razionale se non incontrasse un serio ostacolo nella possibilità di risultati assurdi, derivanti dall'applicazione di due metodi, fra loro diversi in modo sostanziale, alla ricerca di un solo ed unico dato. Quando moltiplichiamo per cento il tributo diretto verso lo stato, abbiamo un valore soltanto presuntivo; in molti casi sarà prossimo al valore venale; ma non manca un numero pur grande di circostanze che contribuiscono ad allontanare talvolta dal vero il valore conseguito con quel calcolo. Invece, la capitalizzazione del canone si fa con metodo certo e preciso; secondo il sistema della nostra legge (v. n. 138) si cumulano venti annualità di canone per averne il capitale alla ragione legale del cento per cinque. Ora, chi può assicurare che, detraendo dal valore approssimativo o presuntivo dell'immobile il valore certo del capitale corrispondente alla prestazione enfiteutica, rimanga ancora stabilito il valore approssimativo o presuntivo del dominio utile in una proporzione analoga a quella che si era ottenuta rispetto alla piena proprietà? Chi può escludere che, in un caso di aliquota erariale molto bassa, la centuplicazione del tributo diminuita del valore capitale del diretto dominio dia un residuo affatto irrisorio o anche una quantità negativa?

Queste difficoltà ci fanno contrari al sistema accennato: e non essendo nemmeno da esaminare la proposta di chi vorrebbe valutato il diritto dell'enfiteuta come quello dello usufruttuario, troppo manifesta essendone la sostanziale diversità, noi pensiamo dover ricorrere ad una soluzione la quale si conformi all'indirizzo generale del pensiero del legislatore. Crediamo cioè che la controversia sul diritto dell'enfiteuta debba essere valutata mediante la centuplicazione del tributo diretto verso lo stato, come nel caso di libera proprietà. In appoggio osserviamo che il diretto dominio funziona, nella nostra legislazione, come un diritto reale

solo nominalmente perpetuo, ma in realtà risolubile a piacere dell'utilista. Se, adunque, nelle controversie sulla proprietà non si detraggono dal valore del fondo, per l'effetto di determinare la competenza, nè i pesi reali perpetui (servitù) nè quelli temporanei (ipoteche), che pure sono altrettanti fattori di deprezzamento della proprietà stessa, non ci sembra di fare violenza al concetto generale della legge propugnando per l'enfiteusi il suesposto metodo. Si avrà una valutazione superiore al vero; e sia; ma il legislatore stesso ci dà esempio ed autorità per ritenerla buona, nel metodo che volle applicato alla valutazione delle servitù prediali (v. n. 122).

Quanto alla valutazione del diretto dominio è pacifica l'applicazione dell'art. 76 di cui ci occupiamo più oltre (n. 138).

125. Vi sono, come ebbesi ad accennare, taluni diritti che non appartengono nè alla classe dei beni mobili nè a quella dei beni immobili, poichè non si riferiscono a cose in commercio. La valutazione di codesti diritti è impossibile, appunto perchè non sono alienabili. La legge, per non lasciare aperto il varco a divagazioni o sottigliezze, sancì che le azioni di valore indeterminabile si considerino di un valore superiore a lire millecinquecento, con che le avocò alla competenza esclusiva del tribunale. La legge (art. 81) accenna alle controversie « di stato, di tutela, di diritti onorifici, *e altre* »; questo linguaggio è chiaro abbastanza per dimostrare che si tratta di una disciplina generale, applicabile ad ogni sorta di casi che dal punto di vista di cui discorriamo presentino analogia con quelli menzionati nel codice (1). Importa soltanto stare in guardia contro l'equivoco in cui taluni cadono confondendo le due nozioni

---

(1) Relativamente ai *titoli di nobiltà* è da aver presente che la competenza giudiziaria è ristretta alle controversie sul diritto di trasmissione dei medesimi, o di loro conservazione, stante la prerogativa regia stabilita pel conferimento di nuovi titoli nell'art. 79 dello statuto. Però, fu ritenuto conseguenza logica della regia prerogativa, in conformità alle norme tradizionali sulla materia, che nel caso di trasmissione in diversa famiglia, non basti il diritto derivante dalla legittimità della trasmissione, ma occorra pure il beneplacito regio, che autorizzi l'assunzione del titolo trasmesso. Questa parte della prerogativa è pur estranea al sindacato giudiziario (sent. 12 giugno 1903 della cass. di Roma a sezioni unite; *Giurisprudenza italiana*, 1903, I, 1, 596).

di *valore indeterminabile* e di *valore indeterminato.* Per la seconda non è lecito applicare la regola dell'art. 81, perchè un valore che sia solamente *indeterminato* può sempre ricevere la sua *determinazione* mediante quello tra i metodi di stima stabiliti dalla legge acconcio all'uopo, secondo le circostanze del caso.

126. Salve le eccezioni di cui diremo appresso, determinate dalla *materia* del litigio, e salva la competenza speciale dei probi viri, la cognizione delle liti, secondo la ragione del loro valore è divisa fra le tre giurisdizioni dei conciliatori, dei pretori e dei tribunali. I conciliatori hanno competenza sino a lire cento; i pretori l'hanno successivamente sino a lire millecinquecento; i tribunali conoscono di tutte le altre controversie (art. 71, 84, n. 1 e 85, n. 1 del cod. di proc. e art. 10 della legge 16 giugno 1892 sui conciliatori).

Le regole dianzi analiticamente esposte servono di guida per determinare il valore delle domande che si devono proporre in giudizio, quando si tratta di casi semplici. Vi sono però molto spesso elementi speciali che si introducono nel giudizio e che influiscono a modificare i principii regolatori della competenza. Di essi dobbiamo al presente tener discorso.

127. Può presentarsi in un giudizio *pluralità di domande* o *pluralità di parti* interessate (più attori o più convenuti).

Il *cumulo obbiettivo* delle istanze, la facoltà, cioè, di proporre congiuntamente varie e distinte azioni fra le stesse persone, in un unico contraddittorio, ha il favore del nostro codice, espressamente attestato nell'art. 73, il quale però contemplando questo caso fornisce un criterio speciale per la valutazione della complessiva controversia. È evidente invero che la facoltà di cumulare le azioni incontra nelle ragioni della competenza, di qualunque specie esse siano, limiti necessari. La disposizione dell'articolo 73 distingue fra il caso in cui si propongano più domande dipendenti da un medesimo titolo e quello di domande fondate su titoli distinti. Il primo caso presenta più che un semplice cumulo; si tratta di un diritto solo che si svolge in atteggiamenti diversi, o di diritti intimamente connessi, i quali scaturiscono da una medesima fonte. È quindi ragionevole che si consideri una e quasi inseparabile l'azione che li rac-

coglie nella comune tutela. Il valore di questa azione è significato, per conseguenza in una sola cifra; quella che risulta dalla somma dei rispettivi valori d'ogni singolo capo di domanda. Quando i titoli siano *distinti*, il cumulo è semplicemente estrinseco ed ha fondamento in una utilità privata. Il giudice deve conoscere di ciascheduna domanda come se in isolato giudizio fosse stata dedotta; perciò la legge ha riguardo al valore di ciascuna domanda separatamente (1).

Quando si parla di *titolo* unico e di *titoli* distinti si allude alla causa del *vinculum juris*, non al *documento* che lo comprova, od al fatto materiale da cui ha origine ciascuna singola obbligazione. Onde può accadere che si considerino come dipendenti da unico titolo obbligazioni originate da fatti distinti od attestate in documenti diversi; e possano invece essere dipendenti da titoli distinti obbligazioni contenute in uno stesso documento. Le obbligazioni *formali*, quelle cioè la cui sostanziale validità è determinata dalla forma del documento che le attesta, come i titoli all'ordine, formano ciascuna titolo distinto, quand'anco abbiano una causa originaria comune, la quale non deve essere ricercata, se non nei casi in cui la legge lo permette: così, per le cambiali, la ricerca dell'unità del rapporto giuridico fondamentale non può aver luogo se non fra l'emittente od accettante e il prenditore o traente, o in genere fra due immediati e diretti contraenti. E per i titoli al portatore è da ritenere per regola che ciascuno costituisca un titolo autonomo di obbligazione, a meno che la obbligazione originaria frazionata in più titoli formasse oggetto di controversia fra le parti che la contrassero, o speciali condizioni scritte sui titoli costituissero impedimento alla loro autonomia nel senso qui considerato.

128. Circa la pluralità delle *persone*, il codice porta, nell'art. 74, una disposizione assai circoscritta. Essa con-

---

(1) Il codice sardo del 1854 (art. 30) prescriveva che sempre si addizionassero i valori delle domande proposte in un medesimo giudizio; e questa è la regola accolta nel codice germanico (§ 5), salvo che per il caso di domanda riconvenzionale. L'adottò pure il legislatore austriaco (§ 55 della nuova norma di giurisdizione). Dal punto di vista dell'utilità pratica questo sistema merita preferenza, evitando molte sottili questioni preliminari, che ritardano la pronunzia sul merito.

templa solamente l'ipotesi che più attori chiedano in un medesimo giudizio, da uno o più convenuti, il pagamento *della loro parte di un credito*. La determinazione del valore della causa non poteva essere fatta che sulla base dei criteri svolti nell'art. 73; e perciò non occorrono spiegazioni alle parole dell'art. 74 che dichiarano determinarsi il valore della causa *dalla somma totale*. Si tratta infatti di un titolo solo.

Ma l'art. 74 offre argomento per esaminare la questione se più attori potrebbero proporre domande dipendenti da titoli distinti, in un medesimo giudizio contro uno o più convenuti, o se un attore potrebbe proporre contro più convenuti in un solo giudizio domande distinte e prive di connessione. Certamente la legge non fornisce alcun criterio speciale per la determinazione del valore delle liti in consimili ipotesi; ma ciò non significa affatto che siano proibiti i cumuli di cui parliamo *(cumuli subbiettivi)*. La sede opportuna all'esame della questione è nel seguente libro, al quale la riserbiamo (n. 257).

129. Non ha bisogno di essere illustrata la disposizione dell'art. 75, la quale, applicando alle controversie che possono sorgere in materia di sequestri o di pignoramenti la regola che il valore della causa si determina dalla domanda, dispone che si abbia riguardo:

a) al credito per cui si procede agli atti di sequestro o pignoramento, se si contende intorno al diritto del sequestrante o pignorante, o intorno alle forme della procedura;

b) al valore degli oggetti controversi, se un terzo pretenda di rivendicare in tutto od in parte la proprietà delle cose pignorate o sequestrate (1);

c) al valore separato di ciascuno dei crediti concorrenti e controversi, se la disputa volga sulla distribuzione del prezzo.

130. Ma un punto ben più importante e delicato del presente studio consiste nel ricercare quale influenza eserciti *l'eccezione* sopra il valore della causa.

---

(1) Potrebbe per altro sorgere, in via di eccezione riconvenzionale, una controversia sul titolo in base al quale il terzo intende giustificare la sua pretesa; e allora se la stima di questa controversia è superiore a quella della originaria domanda, può derivarne modificazione alla competenza, in conformità delle regole svolte più oltre (n. 131).

Il fine pel quale è proposta una eccezione, ordinariamente, è quello solo di ottenere che sia respinta la pretesa dell'attore. Il giudizio pronunziato sopra la eccezione, adunque, in quanto raggiunga codesto effetto, non esorbita, secondo la logica, dal valore della domanda; pronunziare che il diritto dell'attore sussiste, perchè le difese del convenuto non valsero a dimostrare il contrario, o pronunziare che il diritto non sussiste per la opposta ragione, è, dal punto di vista del valore della controversia e della estensione della regiudicata, una medesima cosa. Quando l'attore invoca il giudizio sulla propria pretesa innanzi al giudice che fu dal legislatore autorizzato a esaminarla, non può questo giudice non avere la facoltà di esaminare altresì le ragioni che si adducono per farla respingere. Indi è derivata la regola, comunemente nota ed ammessa, che il giudice dell'azione è pur giudice della eccezione. Il che, parafrasato, significa non avere l'eccezione alcuna influenza sul valore della lite.

Questo insegnamento non può tuttavia essere accolto senza riserva. La dottrina ha ben dovuto tener conto della esistenza di eccezioni di differente natura ed effetto. Si distinguano queste categorie tra loro coi nomi di eccezioni *semplici* e *riconvenzionali*, come noi abbiamo fatto, o invece con altri nomi (come quelli antichi e meno opportuni di eccezioni *in senso processuale* ed in senso *materiale*, ovvero di *eccezioni* e *difese*), non è il nome ma la sostanza delle cose che merita attenzione. Ora, la sostanza è questa: che con una eccezione riconvenzionale viene provocato il giudizio del magistrato sopra un oggetto o sopra un rapporto giuridico diverso e talora più ampio di quello su cui lo provocava la domanda dell'attore. Potrà senz'altro ripetersi, anche qui, che la eccezione non influisce sul valore della controversia?

Prima di risolvere siffatto quesito bisogna porsene un altro: la sentenza che pronunzia sulla domanda e sulla eccezione acquista autorità di cosa giudicata tanto sull'una che sull'altra?

Niuno esita a rispondere affermativamente, quando si sia in presenza di eccezioni *semplici*, ovvero anche di eccezioni *riconvenzionali* le quali non eccedano, per il valore

della disamina nuova che propongono, la sfera di competenza del giudice adìto. La difficoltà e i dispareri nascono a proposito di quelle eccezioni riconvenzionali, il cui valore, da sè considerato, eccede tale competenza. Opinano alcuni scrittori che anche in questo caso il giudice competente per la domanda lo sia del pari per la eccezione, allegando che egli non statuisce sulla eccezione, ma sulla domanda; o, per dirla più chiaramente, che la sentenza emananda non dovrà acquistare autorità di giudicato sul fatto o sul rapporto giuridico dedotto nella eccezione, se non in quanto ne ebbe a ricavare i motivi per respingere la domanda. In altre parole ancora, sarebbe deferita al giudice della domanda una cognizione *incidentale* sopra la eccezione riconvenzionale superante per sè la di lui competenza; e siffatta cognizione incidentale sarebbe circoscritta a quel tanto di esame che occorre farne in rapporto alla domanda. Accolta o respinta la domanda, le maggiori conseguenze giuridiche delle quali potesse essere produttiva fra le parti la controversia sulla eccezione riconvenzionale rimarrebbero impregiudicate. Un tale sistema potrà, in astratto, sembrare più o meno ingegnoso e plausibile; potrà anche invocare il sussidio della tradizione dimostrata mediante l'analisi di antiche massime processuali; ed è senza dubbio il fatto di questa tradizione che spiega come esso abbia facilmente conquistato le simpatie di parecchi egregi scrittori. Ma, se non erriamo, non è questo il sistema della procedura italiana vigente; il legislatore patrio lo ha abbandonato; e, secondo noi, ne merita lode.

131. Quando l'attore spiega una pretesa contro il convenuto, ragion vuole che questi abbia facoltà di opporre ogni sua propria contropretesa per parare il danno di una ingiusta domanda. Se a tale effetto egli è costretto a suscitare l'esame, la discussione e la decisione di un rapporto giuridico o di un fatto il cui valore eccede la competenza del giudice, non può derivarne ostacolo alla libertà della difesa sua. Ma perchè questa sia intiera, sicura in ogni parte, veramente efficace, sembra logico che debba poter suscitare un giudizio pieno e completo sopra il tema di controversia posto a base della eccezione. Niuna difficoltà

essenziale si oppone a ciò, dal momento che contro l'interesse legittimo del convenuto a ottenere favorevole simile giudizio, sta l'interesse parimente legittimo dell'attore a ottenerlo a sua volta per sè favorevole. I due interessi stanno di fronte; il magistrato è nel mezzo. Una decisione soltanto *parziale* ed *unilaterale* su questa contesa lascierà sempre dubbi, non dissipabili facilmente, sull'ampiezza e diligenza dell'esame istituito dal giudice. D'altronde, poichè i due opposti interessi stanno di fronte, perchè non accordare ad essi la più ampia libertà di azione e non provvedere a una definitiva sistemazione del contrasto che li ha armati l'uno contro l'altro? Solo perchè un tanto risultato non è esattamente proporzionale al fine che prefiggeva l'attore alla pronunzia giudiziaria quando spiegava la domanda? Evidentemente tale ragione si risolve in una rigidità formalistica, la quale negli antichi sistemi processuali potè imperare, in quanto serviva a dirimere conflitti giurisdizionali tra i diversi fori sempre tra loro gareggianti e sospettosi. Ma oggi, che la giurisdizione civile è ufficio esclusivo della sovranità dello stato, quella ragione non ha più fondamento logico e giuridico. Il mantenerla in vigore produrrebbe soltanto un effetto dannoso: quello, cioè, di lasciare viva la semenza di liti future le quali possono con molta facilità essere prevenute qualora si ammetta che la provocazione fatta dall'attore con la domanda dia luogo ad un pieno giudizio non tanto sopra di essa quanto eziandio sopra tutti i mezzi di difesa, che, nei limiti dalle leggi consentiti, il convenuto opponga, per mettere in luce lo stato dei propri diritti subbiettivi in confronto dell'attore e in relazione al contrasto da costui suscitato. Più pronta, più larga, più benefica, si rivela con questo sistema l'opera della giurisdizione civile restauratrice dell'ordine giuridico privato; e lo spirito nuovo che lo informa è perfettamente consono al carattere e all'uffizio sociale della sovranità nello stato moderno.

In conseguenza, non sempre è vero *che il giudice della azione ha podestà legittima per giudicare dell'eccezione*, ma qualche volta *il giudice della eccezione ha podestà legittima per giudicare dell'azione*. Non si tratta di una regola che soffra deroga in alcuni casi anormali, bensì di due regole

parallele che si completano l'una con l'altra e che scaturiscono entrambe dal principio che la sentenza deve ottenere autorità di giudicato tanto sulla domanda come sulla eccezione e quindi deve essere pronunziata dal giudice che ha competenza sull'una come sull'altra. La questione dedotta in lite con l'eccezione riconvenzionale è soggetta a stima pecuniaria sua propria, appunto perchè su di essa la sentenza deve ottenere l'indicato effetto. Ora il valore della eccezione non può mai essere cumulato con quello della azione secondo la regola dell'articolo 73 (v. n. 127), perchè trattandosi di questioni provocate vicendevolmente dalle parti, l'una contro l'altra, mancano gli estremi del cumulo obbiettivo. Se il giudice ha competenza sulle due questioni, isolatamente considerate, ha competenza indubitabile sull'intiera controversia. Ma se la questione elevata con la eccezione riconvenzionale supera la di lui competenza, ecco sorgere la necessità del trasferimento della lite ad altro foro. Nella prima ipotesi il giudice dell'azione è giudice *anche della eccezione riconvenzionale* (come *lo è sempre della eccezione semplice*); nel secondo, è il giudice della eccezione riconvenzionale che diventa giudice *anche della domanda*.

132. Il nostro codice non sanziona in forma precettiva il doppio principio così dimostrato (1). Ed invano cerchiamo negli altri codici qualche chiaro precetto intorno ad esso. Il regolamento gregoriano stabiliva *tassativamente* alcuni casi nei quali l'eccezione sottraeva alla competenza del giudice singolo la causa che a termini della domanda sarebbe stata di sua giurisdizione (§§ 506 e 507); il codice germanico, nel già citato § 3, rimettendo al tribunale di valutare *l'oggetto della lite* (e non quello della *domanda* soltanto), lascia intendere che possa, nei casi in cui occorre,

(1) Però, che questo sia il principio a cui la nostra legislazione processuale si informa, riconosce ormai, con notevole progresso di concordia, la patria giurisprudenza. Vedansi le recenti decisioni: cassazione Torino, 21 marzo 1894 (*Giur. it.*, 1894, I, 1, 518), 5 febbraio 1897 (*ivi*, 1897, I, 1, 537); cass. Firenze, 1° aprile 1895 (*ivi*, I, 1, 1026); cassazione Roma, 22 luglio 1895 (*ivi*, 1895, I, 1, 875), 5 febbraio 1897 (*ivi*, 1897, I, 1, 241), 28 aprile e 10 maggio 1904 (*ivi*, 1904, I, 1, 885 e 1071), 16 febbraio 1906 (*ivi*, 1906, I, 1, 377); cass. Palermo, 22 marzo 1900 (*ivi*, 1900, I, 1, 438), ecc.

tenersi conto anche delle eccezioni. In complesso però vi ha in questa parte della codificazione una lacuna rilevantissima a cui supplisce la giurisprudenza col suo spirito pratico di adattamento.

Fra noi, gli interpreti ed i magistrati, colpiti dalla necessità di derogare sovente alla regola che il giudice dell'azione è giudice dell'eccezione, sono ricorsi all'espediente di spiegare il vocabolo *domanda*, di cui al primo alinea dell'art. 72, come sinonimo di *controversia;* così al vocabolo *domanda* viene attribuito per necessità di razionale esegesi il significato di *azione in senso lato*, comprendente cioè la domanda e la eccezione. Come già accennammo, il sistema del nostro codice è sostanzialmente ispirato al concetto che l'eccezione, se ha carattere riconvenzionale, influisce sul valore della lite. Per dimostrarlo possiamo anzitutto addurre la norma contenuta nel secondo capoverso dell'art. 72, nel quale sta disposto: « Quando si domanda una somma che sia *parte* e non *residuo* d'una maggiore obbligazione, il valore si desume *dalla obbligazione intiera se questa è contestata* ». Vi ha qui senza dubbio una schietta e fedele applicazione della teoria enunciata.

133. Se si domanda il *residuo* di una obbligazione di maggior somma, s'intende esclusa, per ciò appunto che si tratta di residuo, ogni possibilità di futura lite sull'altra parte della obbligazione. Dunque la decisione che fu dall'attore provocata, qualunque siano le eccezioni del convenuto, non potrà mai statuire sopra un valore maggiore di quello domandato; e la valutazione della controversia non è da tali eccezioni minimamente modificata (1).

---

(1) Che cosa intendasi per *residuo*, nel senso qui voluto dalla legge, è bene chiarirlo. Non è soltanto la *frazione aritmetica* di una maggiore somma di danaro o di una intiera cosa che affermisi avesse dovuto essere data o prestata, e di cui dicansi date o già prestate le altre frazioni. Ma è, in genere, qualunque oggetto di controversia civile, che presentisi in giudizio come il solo resto litigioso attuale di un rapporto maggiore che nelle altre parti non è, od ha cessato di essere, argomento di contesa. Per esempio: se agitatasi disputa fra i contraenti sulla esecuzione dei loro patti, abbiano concordato la risoluzione del contratto ma siano rimasti discordi circa l'obbligo del risarcimento di danni, la domanda per tale risarcimento dovrà essere proposta innanzi al giudice che su di essa ha competenza per ragione di valore, non già a quello che sarebbe stato competente per pronunziare la risoluzione del contratto.

Se si domanda *parte* di una maggiore obbligazione, che pel resto rimane sussistente, e *nessuna contestazione* sorge sull'intiera obbligazione, ciò significa che il convenuto si limita ad opporre *eccezioni semplici* contro la domanda *della parte*. Il valore della causa rimane ancora inalterato nei confini assegnatigli dalla domanda.

Ma se, domandandosi parte di una obbligazione ancora sussistente in maggiore importo, questa viene *nella sua totalità* contestata, si ha una eccezione *riconvenzionale*, il cui valore è certamente maggiore di quello della domanda; e perciò deve essere considerato, per l'eventuale spostamento di competenza che ne può derivare.

Questa triplice esplicazione della regola dettata nell'ultimo capoverso dell'art. 72, collima in ogni punto colle deduzioni che abbiamo premesse. E vedremo fra poco altre non meno chiare applicazioni del medesimo concetto (vedi n. 138, 197). Il che ci fa ripetere essere le medesime da accogliersi come indispensabile complemento delle discipline relative alla competenza per valore.

134. Il funzionamento pratico del sistema si presenta abbastanza semplice e sicuro. Proposta dal convenuto una nuova controversia in forma di eccezione riconvenzionale, si deve considerare il valore, poichè, qualora esso esorbiti dalla giurisdizione del magistrato adìto dall'attore, può derivarne una influenza modificatrice sulla determinazione della competenza. Che nel caso accennato questa influenza si verifichi, e non si verifichi invece allorquando il valore della eccezione non esce dai confini della giurisdizione investita della domanda, è circostanza che non giustifica veruna critica; giacchè essa non rende difficile nè variabile l'applicazione della regola. Tanto varrebbe dire che è difficile e variabile l'applicazione della regola che stabilisce il valore della causa essere determinato dalla domanda, pel motivo che, secondo la stima di tal valore, il giudice adìto deve dichiararsi competente od incompetente a norma dei casi.

Importa tuttavia osservare che la ragione essenziale della regola sta nell'*interesse*, così del convenuto che propone la eccezione, come dell'attore che da essa si difende, a ottenere una regiudicata che esaurisca pienamente nei loro

rapporti la controversia con la eccezione medesima dedotta (v. n. 131). L'interesse di cui qui si parla è quello che fu già definito come elemento fondamentale di ogni discussione giudiziaria (v. n. 38); quello, cioè, in virtù del quale una parte è costituita in confronto dell'altra nella qualità di *contraddittore legittimo* sulla questione proposta a giudicare. Ora, vi sono alcune forme di eccezioni riconvenzionali che limitano l'interesse di una discussione e decisione fra le parti ai soli effetti della pronunzia sopra la domanda dell'attore, in quanto che non si disputa se il diritto a cui l'eccezione si riferisce appartenga all'uno anzi che all'altro dei litiganti, ma si eleva una controversia incidentale *di mero accertamento,* ristretta a stabilire la nozione legale dello stato e della appartenenza di quel diritto, nozione che interessa i litiganti come la premessa o il presupposto logico e giuridico per la definizione della loro controversia. Si suole esaminare questa situazione processuale più ordinariamente in rapporto alle eccezioni relative alla qualità ereditaria od allo stato civile; e, sebbene sia un errore formare di tali questioni una categoria a parte, noi pure trarremo da esse un esempio pratico, giacchè questo gioverà a rendere più evidente il principio che esponiamo.

135. Tizio, dicendosi erede di Caio, cita Paolo in giudizio per un debito professato verso il *de cujus.* Paolo eccepisce: non pago a voi, perchè non siete erede. Senza dubbio questa è eccezione riconvenzionale, che trasporta l'esame del giudice dalla questione concernente il debito a quella che riguarda la qualità ereditaria. Ma con quale interesse il convenuto forma siffatta eccezione? Esclusivamente con quello che gli deriva dalla qualità di debitore della successione. Egli non ha interesse per contrastare all'attore l'esercizio della qualità ereditaria per qualsivoglia altro effetto della medesima. Ciò stante, appare manifesto che fra l'attore e il convenuto la controversia può formare oggetto di un semplice accertamento, cioè di una indagine diretta a stabilire la nozione legale della qualità ereditaria per dedurne se il debito debba essere o no pagato in conformità della domanda. E la cognizione del giudice si terrà ristretta nei confini dell'esame incidentale, non potendo la sentenza, fra

quei litiganti, esercitare autorità di giudicato se non sopra la domanda di pagamento. In siffatta condizione di cose e di rapporti, la legittima contraddizione fra le parti intorno alla eccezione riconvenzionale ha effetto unilaterale e parziale quanto al giudizio da essa provocato. L'eccezione, sebbene per sua natura riconvenzionale, funziona nel caso considerato, per la stima della controversia, come una eccezione semplice; in altre parole, non esercita influenza sul valore della lite, giacchè il giudicato non si formerà se non *sopra la domanda* e per il valore in essa contenuto.

Suppongasi invece che Tizio, affermandosi erede di Caio, pretenda da Paolo il rilascio di certi beni appartenenti alla successione e Paolo opponga: non restituisco questi beni, ma legittimamente pretendo ritenerli per me, essendo io il vero erede di Caio. Qui pure abbiamo una eccezione riconvenzionale analoga; ma in questo caso il suo effetto è pieno e completo, così che può determinare una modificazione di competenza. Imperocchè, fra i due che si contendono la qualità ereditaria, è manifesto l'interesse a far decidere la controversia su tale qualità, non solo per l'accertamento legale di essa in relazione alla particolare pretesa dell'attore, ma bensì per dichiarare, nel contrasto fra i due litiganti, a quale di essi, con esclusione dell'altro, spetti l'appartenenza e l'esercizio del diritto ereditario con tutte le conseguenze giuridiche che possono derivarne, al di là del tema originario della controversia.

Ben inteso, che l'esaurimento di tale controversia fra coloro che in senso più largo ed assoluto si considerano *legittimi contraddittori* non impedirà che intorno ad essa possa nascere più tardi un nuovo *legittimo contraddittorio:* come nel caso in cui l'erede vittorioso si vedesse sorgere di contro, successivamente, altro aspirante all'eredità con titolo poziore. A dir vero, non sarebbe più la *stessa controversia;* ma sarebbe pur sempre una nuova contestazione sulla qualità ereditaria, non evitata, nè eliminata dalla decisione della prima, la quale non fa stato *erga omnes.*

Pertanto, quando l'eccezione riconvenzionale deduca in lite una questione che eccede la competenza del giudice adìto, conviene ricercare se fra le parti vi sia possibilità di

legittima contraddizione intorno ad essa ad effetti più ampii della semplice difesa contro la domanda dell'attore, vale a dire a pieno effetto dichiarativo anzi che a semplice fine di accertamento. Se tale possibilità viene riconosciuta l'eccezione riconvenzionale modifica la competenza; se viene esclusa, la lascia inalterata, come se fosse una eccezione semplice.

136. Possiamo estendere l'esame del principio applicandolo ad altre specie di controversie. Per esempio: Tizio domanda a Caio la restituzione di un immobile che dice avergli conceduto in affitto. Caio oppone esserne proprietario. Vi ha qui una eccezione riconvenzionale il cui valore è fornito dalla stima legale del diritto di proprietà. Di nuovo siamo in presenza di una controversia nella quale entrambe le parti hanno interesse a far definire la appartenenza e l'esercizio del diritto di proprietà, affinchè si stabilisca tra di esse il giudicato sopra questo tema reso litigioso dalla eccezione del convenuto. Ma suppongasi, invece, che il convenuto non neghi la propria qualità di inquilino, negando però che l'attore sia, come pretende, il proprietario dell'immobile. Come si valuta in questa ipotesi la eccezione riconvenzionale? Basta por mente all'interesse delle parti, quale nella medesima viene delineato, per scorgere subito che non le si può attribuire una valutazione propria, idonea ad alterare la competenza. Infatti, non è sulla appartenenza del diritto di proprietà che si disputi fra le parti, con interessi direttamente opposti, ma è semplicemente sulla nozione legale di codesto diritto. La sentenza che riconosca insufficienti le prove di proprietà dello attore e quindi ne respinga la domanda, non rende proprietario l'inquilino, che continua ad essere tale; viceversa, la sentenza che respingendo la eccezione del convenuto gli ingiunga lo sfratto, non costituisce contro di lui giudicato irrevocabile sulla proprietà, da impedirgli in appresso l'esercizio di un'azione di revindica dei beni medesimi da cui fu sfrattato come inquilino, se una simile azione egli si stimi in grado di esercitare essendo venuto in possesso di documenti idonei a sostenerla.

Queste ulteriori applicazioni brevemente indicate, mentre confermano l'esattezza del principio da noi esposto (n. 134),

ammoniscono in pari tempo della sua generalità; e quindi escludono che esso si debba applicare, quasi a modo di prerogativa, alle sole eccezioni riconvenzionali concernenti lo stato o la qualità ereditaria, come da autorevoli scrittori fu insegnato. E si noti che nel moderno diritto è pure un errore raggruppare quelle due specie di questioni, le quali sono ben diverse tra loro, giacchè le questioni di stato appartengono alla categoria dei diritti personali e quelle di qualità ereditaria alla classe dei diritti reali.

137. L'eccezione riconvenzionale, nei casi in cui può influire come modificatrice della competenza, ottiene tale effetto anche se il convenuto nel proporla non formuli istanza per una speciale dichiarazione del proprio diritto in base ad essa, ma si contenti di chiedere il rigetto della domanda dell'attore. Per esempio: alla domanda di pagamento di una rata d'interessi il convenuto oppone *la simulazione*, e quindi *la nullità*, del contratto di mutuo. È indifferente che egli concluda *per la dichiarazione di questa nullità*, e quindi *pel rigetto della domanda dell'attore* oppure che concluda solo pel rigetto. La sentenza che pronunzia su questa conclusione fondandosi sul motivo *che fu dimostrata la simulazione del mutuo*, non può non avere autorità di giudicato sopra l'accertamento della simulazione, quantunque nel *dispositivo* manchi un cenno o una pronunzia in proposito. Se così non fosse, perderebbe ogni senso la regola che la regiudicata si forma per tutto quanto fu tema di litigio fra le parti e in relazione del loro interesse rispetto alle questioni discusse. L'art. 72, nel capoverso ultimo, prevede e regola il caso in cui *l'obbligazione intera sia contestata*; ma è chiaro che essa è contestata dal momento in cui l'eccezione di simulazione viene opposta, nè si può dire più o meno contestata per la circostanza che la relativa dichiarazione sia o non sia stata dedotta in uno specifico capo di conclusione. Si tenga presente che il legislatore (ultimo capoverso dell'articolo 72) volle, con ottimo pensiero, che le eccezioni riconvenzionali, come tali, abbiano a influire sulla determinazione della competenza, per impedire che un unico contrasto d'interessi dia luogo, fra i medesimi interessati, a pluralità di litigi, a decisioni frazionarie (per

così dire), e quindi informate da veduta rispettivamente unilaterale della controversia, delle quali rimarrebbe sempre possibile la difformità e quindi tanto più dubitabile la giustizia. Si comprenderà quindi, che il non essere riepilogata l'eccezione riconvenzionale in un capo specifico di conclusione, quando in ogni modo essa costituisce l'anima e la sostanza della decisione giudiziaria, non può scemarne il valore o l'effetto.

138. La regola proclamata nell'ultimo capoverso dell'art. 72 riceve nel codice alcune logiche applicazioni di carattere particolare. Così essa aveva d'uopo di chiarimento, per il caso nel quale il valore della obbligazione, contestata nel suo intiero in seguito alla domanda *di una parte*, non si trovi immediatamente determinato dal titolo. Il che si verifica non di rado quando sono poste in controversia prestazioni periodiche di carattere temporaneo o perpetuo. Si chiede il pagamento di una di queste rate; il convenuto oppone la inesistenza od invalidità del titolo costitutivo. Eccoci in uno dei casi contemplati nell'ultimo capoverso dell'art. 72. Come si determina il valore del titolo posto in controversia? Vi provvede l'art. 76, il quale in prima linea si riporta alla somma capitale che sia stata espressa nel titolo; questa designazione che i contraenti hanno già concordi accettata è per certo la migliore. La si incontrerà sempre quando trattisi di capitali fruttiferi; ma non sempre in altri casi. La legge stabilisce pertanto che se il titolo non indica la somma capitale, il valore si determina:

a) cumulando *venti annualità,* se si tratta di rendita perpetua;

b) cumulando *dieci annualità,* se di rendita vitalizia oppure per tempo indeterminato, o determinato ma non minore di anni dieci, senza distinzione tra le rendite e pensioni costituite sulla vita di una o più persone;

c) cumulando *tutte le annualità,* quando la rendita è stabilita per tempo minore di anni dieci.

È da intendere che quand'anche la controversia su una di codeste prestazioni fosse promossa per via d'azione invece di presentarsi in forma di eccezione riconvenzionale, si seguirebbero gli identici criteri per determinare il valore della causa.

139. Le norme dell'art. 76 si applicano ad ogni sorta di prestazioni periodiche, comprese quelle a titolo di alimenti. Però, a riguardo di queste ultime il primo capov. dell'art. 71 introduce una parziale eccezione, rendendo competenti i pretori a conoscere delle azioni per prestazioni di alimenti o di pensioni alimentari periodiche e per la liberazione totale o parziale dalle obbligazioni relative, se la prestazione in controversia non ecceda il valore di annue lire *duecento*, mentre essi, giusta la norma segnata alla lett. *b* del numero precedente, dovrebbero restringersi a conoscerne nel limite di annue lire *centocinquanta*. È facile apprezzare, e desiderare anzi che sia ampliato, il concetto umanitario che ispira siffatta eccezione, per virtù della quale i più bisognosi hanno modo di valersi di una procedura meno lunga e dispendiosa. A schiarimento del testo ora citato vuolsi notare che quando la prestazione, pur superando la somma di lire duecento annue, debba, a tenore del titolo da cui dipende, durare per un periodo tale in cui il cumulo delle annualità non ecceda millecinquecento lire, sarà ancora di competenza del pretore, in forza della regola segnata alla lettera *c* del precedente numero, non meno che per il principio generale che il valore della causa si determina dalla domanda. È decisiva in questo proposito la considerazione che nel deferire ai pretori, col citato capoverso, le controversie in materia di alimenti, la legge si esprime: « sono *altresì* di competenza, ecc. ». Il vocabolo *altresì* attesta che *oltre* alle liti di valore non superiore a millecinquecento lire il codice ha voluto estendere la competenza dei pretori ad oggetto che normalmente la eccederebbe. E fra le liti di valore non superiore a millecinquecento lire stanno quelle ora accennate.

140. Sia per virtù delle eccezioni del convenuto, sia spontaneamente, l'attore può decidersi a *restringere* in corso di causa, e fino a che l'istruttoria è aperta, l'originaria domanda. Similmente egli può *ampliarla*. Non sono discutibili queste facoltà nell'odierno sistema di procedura; il risultato che dal loro esercizio consegue rispetto al valore della lite non è identico nei due casi. La *restrizione* della domanda non fa cessare la competenza del giudice adìto, poichè il

giudizio in sostanza si svolge sulla intera pretesa originaria, di cui una parte viene ad essere eliminata dalla rinunzia dell'attore, che riceverà sanzione nella sentenza del magistrato, per lo meno in modo implicito, anche quando il convenuto l'abbia accettata. L'*allargamento* invece, se è tale che esorbiti dai confini della giurisdizione del giudice, lo rende incompetente, poichè la decisione dovrà essere data sulla domanda accresciuta, non sulla originaria. Siamo sempre all'applicazione dei principii dianzi enunciati.

141. Come si vede, la competenza determinata dal valore della *domanda iniziale* dell'attore non è in ogni caso immutabile per tutto il giudizio; e può bene verificarsi che una lite cominciata davanti ad un giudice, per sopravvenuta incompetenza di questo abbia ad essere rimessa ad un altro; indi un inevitabile ritardo alla decisione e un sicuro accrescimento di spese. È grave problema se questo inconveniente possa essere del tutto eliminato da un sistema che divide la competenza di primo grado fra più di due categorie di magistrati, per ragione di valore. E non è il solo argomento che consiglierebbe di evitare, od almeno di semplificare il più che sia possibile, simile ripartizione.

CAPO VI.

Competenza per materia.

142. Alla nozione già data di questa specie di competenza (n. 89) deve ora seguire la esposizione delle norme con cui la legge la distribuisce fra i vari magistrati. Come abbiamo avvertito, non ci occuperemo qui delle applicazioni che riceve nel diritto positivo italiano il maggiore dei criteri fondamentali di questa competenza, cioè la divisione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali (v. n. 89). Esponiamo soltanto i criteri, secondo i quali sono attribuite ai differenti magistrati le materie comprese nella giurisdizione ordinaria, analizzando le relative applicazioni. Avvertasi che qui parliamo della competenza per conoscere e giudicare sovra le azioni, non già di quella relativa a provvedimenti singolari ed isolati.

143. ***Probi viri.*** — La legge 15 giugno 1893, n. 295, istituì in Italia i collegi dei *probi viri*, conferendo ad essi un uffizio di *conciliazione*, e alla *giurìa* nei medesimi costituita una funzione *giurisdizionale* (articoli 8 a 11) in materia di diritto industriale, e precisamente sopra controversie che per l'esercizio delle industrie sorgano *fra gli imprenditori e gli operai o apprendisti, o anche fra operai, in dipendenza dei rapporti di operaio o di apprendista* (art. 1). L'istituzione di siffatte magistrature, speciali per singole industrie o gruppi di industrie affini, ha luogo per decreto reale, su proposta dei ministri di grazia e giustizia e di agricoltura, industria e commercio, sentito l'avviso della locale camera di commercio, delle società operaie legalmente riconosciute, dei consigli municipali dei comuni che dovranno essere compresi nella circoscrizione del collegio (art. 2).

I membri del collegio sono eletti da due corpi di elettori iscritti in apposite liste separate, l'uno costituito dagli industriali, l'altro dagli operai. Ciascun corpo elegge un numero uguale di probi viri. Apposite norme disciplinano i requisiti dell'elettorato e della eleggibilità, rispettivamente per i membri dei due corpi. Il numero dei probi viri non può essere minore di dieci nè superiore a venti per ciascun collegio. Vi è un presidente, e può esservi un di lui supplente, i quali sono nominati per decreto reale, fuori dai due corpi elettorali, fra i funzionari dell'ordine giudiziario o gli eleggibili a conciliatori (art. 3). Inoltre vi sono due vice-presidenti, eletti uno dai probi viri operai, l'altro dagli industriali, nella loro prima adunanza, a scrutinio segreto (art. 23). Questi vice-presidenti, per turno, presiedono l'uffizio di conciliazione. In ciascun collegio si organizzano un ufficio di conciliazione e una giurìa. Il primo si compone almeno di due membri, uno operaio e uno industriale, e di un vice-presidente. La seconda si compone del presidente effettivo o del supplente, e di quattro membri, due per classe (art. 4). Le funzioni di cancelliere sono esercitate da un segretario od altro impiegato municipale *(ivi)*. Nelle controversie più gravi può il presidente dell'uffizio di conciliazione o della giurìa aggregare al consesso altri probi viri, mantenendo parità di numero tra industriali ed operai (art. 6).

L'uffizio di conciliazione può essere adìto per componimento amichevole di qualunque controversia che concerna (art. 8):

a) i salari pattuiti o da pattuirsi;

b) il prezzo del lavoro eseguito od in corso di esecuzione, e il salario per le giornate di lavoro prestate;

c) le ore di lavoro convenute o da convenirsi;

d) l'osservanza dei patti speciali di lavorazione;

e) le imperfezioni del lavoro;

f) i compensi per i cambiamenti nella qualità della materia prima o nei modi della lavorazione;

g) i guasti recati dall'operaio ad oggetti della fabbrica, o i danni da questo sofferti nella persona per fatto dell'industriale;

h) le indennità per l'abbandono della fabbrica, o per licenziamento prima che sia compiuto il lavoro, o trascorso il termine pattuito;

i) lo scioglimento del contratto di lavoro e di tirocinio; e in generale tutte le controversie che riguardano convenzioni relative al contratto di lavoro o di tirocinio, fra industriali e capi operai o lavoranti, fra capi operai e operai o apprendisti, o che dipendano da trasgressioni disciplinari.

Nelle controversie che appartengono alle indicate categorie e che debbono essere sottoposte a giudizio sia dinanzi ai probi viri che agli altri magistrati, è obbligatorio comprovare l'esperimento della non riescita conciliazione, al quale effetto viene compilato un apposito processo verbale (art. 10).

La giurìa dei probi viri è competente a decidere le controversie non eccedenti il valore di lire *duecento*, le quali concernono (art. 9):

a) i salari pattuiti;

b) le ore di lavoro convenute e tutti gli oggetti indicati per la competenza dell'uffizio di conciliazione sotto le lettere *b, c, d, e, f, g, h, i.*

Le sentenze della giurìa sono inappellabili, salvo che vengano impugnate pei titoli d'incompetenza od eccesso di potere; nei quali casi, l'appello, fino al valore di cento lire, spetta alla cognizione del pretore, e per valore maggiore al tribunale del rispettivo mandamento o circondario (art. 11).

Possono anche le parti d'accordo sottoporre alla giurìa controversie delle specie indicate, ma di valore superiore a lire duecento; in questo caso esso funziona come collegio arbitrale (art. 12) (1).

Quantunque dall'istituzione di questo magistrato industriale si sperassero vantaggi alle classi operaie, per la disciplina dei rapporti fra il capitale e la mano d'opera, tuttavia, fino ad ora, ha dato scarse prove, e chi confida in migliori risultati futuri afferma la necessità di modificazioni larghe e sostanziali nell'ordinamento legislativo. Non è questo il luogo per una discussione a fondo. Ci basti notare che anche in altri stati, dove ne fu fatta la prova in condizioni di vita industriale molto più operosa che in Italia, ha scarsamente corrisposto.

144. Noi abbiamo considerato le giurìe dei probi viri come organi di giurisdizione civile ordinaria, in relazione al diritto positivo italiano, sembrando che tale carattere sia dimostrato da tre circostanze: 1° Dal fatto che dove esse non esistono le funzioni giurisdizionali assegnate loro dalla legge sono esercitate dai giudici ordinari. Non potrebbe essere altrimenti, giacchè la materia della loro giurisdizione è tutta di diritti subbiettivi privati. — 2° Dall'essere devoluto al magistrato ordinario il giudizio in grado di appello sulle loro decisioni, quando vi è luogo ad appellare. — 3° Dal non rinvenirsi cenno nella legge o nei lavori preparatorii che autorizzi a considerare diverso nella essenza, nelle funzioni e negli effetti, il loro giudizio da quello dei magistrati ordinari.

Nondimeno, a proposito di codesta giurisdizione si presentano alcuni non lievi problemi; e segnatamente questi due:

---

(1) Per l'art. 13 della legge sugli infortuni nel lavoro (testo unico 31 gennaio 1904) nei casi di inabilità temporanea la determinazione della indennità fino a 200 lire è di competenza del collegio dei probi viri, che giudica qui pure inappellabilmente. Sebbene il testo usi la frase « determinazione della indennità », è da ritenere che il giudizio si estenda, nell'accennato limite di valore, alle controversie sul diritto alla indennità, non essendo designata per queste altra diversa competenza, e non potendo supporsi neppure un simile frazionamento di giudizio, che sarebbe contrario a ogni buona norma processuale.

a) se per l'indole e per i fini sociali ed economici della istituzione, le pronunzie debbano essere fondate sulle norme del diritto positivo in vigore, o non le si addica la funzione di *conditor iuris*, per la graduale formazione del diritto obbiettivo nella sfera dei rapporti derivanti dal contratto di lavoro, in conformità alle mutabili esigenze dello stato economico e sociale che è in continua evoluzione;

b) se l'effetto delle sentenze debba essere rigorosamente circoscritto *fra le persone* dei litiganti e *sulla cosa* controversa; o se possano essere utilmente invocate, con l'autorità del giudicato, in tutte le analoghe controversie, nell'interesse o a carico di quella classe di lavoratori o imprenditori cui giovano o nuocciono; e ciò dentro i confini del territorio e delle persone soggette alla loro autorità.

Sono delicate questioni che riguardano più il *divenire* che l'*essere* di tali magistrature. Lo studio della loro risoluzione richiederebbe esame troppo lungo e non altrettanto fecondo. Crediamo potersi ritenere, in ogni modo, che la risoluzione, qualunque fosse, non influirebbe sulla nozione testè data circa il carattere della giurisdizione delle giurìe dei probi viri.

145. *Conciliatori.* — L'art. 70 del codice deferiva a questi giudici, nella misura di *trenta lire* di valore, tutte le azioni *personali*, civili o commerciali, relative *a beni mobili*. Attualmente, per l'art. 10 della legge 16 giugno 1892, n. 261, sono di competenza dei conciliatori:

1° Tutte le azioni *personali*, civili e commerciali, relative *a beni mobili*, il valore delle quali non ecceda *lire cento;* però, nei luoghi dove funzionano i collegi dei probi viri, e per le industrie sulle quali essi esercitano giurisdizione, questa prima regola generale subisce una restrizione, rispetto a quelle azioni che sono di competenza della giurìa, come fu detto nel numero precedente.

2° Le azioni relative alle locazioni di beni immobili nel limite di lire cento, e quella di sfratto se la pigione od il fitto per *la rimanente durata della locazione* non ecceda il detto valore. Intorno a questa disposizione è da soggiungere che l'art. 70 del codice già ammetteva la competenza dei conciliatori per le azioni relative alla locazione di beni

immobili, se la pigione o il fitto *per tutta la durata* della locazione non eccedesse il valore di *trenta lire*. Vedasi al n. 149 la osservazione circa il modo di stabilire il valore dell'azione di sfratto. È ancora da soggiungere che nuove norme intorno allo sfratto per locazione finita furono date nella legge del 24 dicembre 1896; di questa pure parleremo più innanzi (n. 150).

3° Le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, alle siepi, chiudende, alle piante od ai frutti, purchè non implichino questioni di proprietà o di possesso, e la domanda di rifacimento non ecceda le lire cento. È evidente, che malgrado la restrizione apposta con la clausola che esclude le questioni di proprietà o di possesso, qui non si tratta di azione relativa a *beni mobili*, ma bensì *ad immobili;* però la domanda, quantunque in ultima analisi diretta a tutelare e reintegrare un diritto relativo a tali beni, ha occasione immediata da un fatto delittuoso o quasi delittuoso, e quindi è *personale*.

Rimangono dunque escluse dalla competenza dei conciliatori tutte le azioni *strettamente personali*, quelle cioè che hanno per oggetto un diritto inerente *alla persona* e non avente rapporto con una cosa; inoltre, tutte le azioni *reali sui beni mobili od immobili;* infine, tutte le azioni personali *ad rem* concernenti beni *immobili*, salve le eccezioni stabilite per le azioni che nascono dal contratto di *locazione* e per quelle relative a *guasti e danni dati*. Vi sono altre esclusioni per le azioni di cui è cenno al n. 151.

146. *Pretori.* — I pretori, secondo il disposto dell'articolo 71, salva la competenza dei probi viri, dove siano istituiti, e dei conciliatori, conoscono *di tutte le azioni civili e commerciali*, fino al valore di lire millecinquecento. La generalità della indicazione dà a credere che tutte le azioni, reali o personali, mobiliari od immobiliari, possano appartenere alla giurisdizione pretoria. Ma non è così. Le domande di espropriazione forzata sopra beni immobili, promosse nelle vie ordinarie, sono sempre di competenza del tribunale, qualunque sia il valore del credito e quello dell'immobile; parimente al tribunale appartiene di regola il giudizio sulle controversie che nascono in sede d'esecuzione immobiliare,

sia che riguardino il titolo esecutivo o le forme della procedura (articoli 570 e 660 cod. proc.). Non sappiamo certo approvare questa deroga alla competenza normale dei pretori, che ha per effetto di rendere più costose e difficili le esecuzioni sugli immobili, senza alcun compenso da altra parte. Il legislatore stesso ha attestato di riconoscere gli inconvenienti di simile sistema, giacchè nella legge 20 aprile 1871 per l'esazione delle imposte dirette non dubitò fosse meglio deferire *esclusivamente ai pretori* la competenza sui giudizi di spropriazione di immobili per debiti di imposte. E non mancarono voti e iniziative per la riforma del codice di procedura in questa parte (v. *Appendice* al vol. II).

147. Per contro vi hanno azioni le quali, anche superando il valore di lire millecinquecento, vanno soggette alla cognizione dei pretori, o per modo esclusivo o sotto determinate condizioni. Tali azioni sono menzionate specificamente nell'art. 82; è da aggiungere l'ordinario procedimento di esecuzione forzata sovra beni immobili. Di quest'ultimo però non dobbiamo attualmente parlare. L'art. 82 dispone che appartengono alla competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa, *purchè proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine:*

1° le azioni possessorie;

2° quelle di danno temuto e denuncia di nuova opera in conformità degli articoli 698 e 699 del codice civile;

3° le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, alle siepi, chiudende, piante e ai frutti: qui però conviene rammentare che fino al valore di cento lire, e quando non implichino questioni di proprietà o di possesso, tali azioni, per la legge del 1892, sono comprese nella competenza dei conciliatori;

4° le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dalla legge o dai regolamenti, o dagli usi locali, riguardo al piantamento di alberi o di siepi;

5° le azioni di sfratto per locazione finita, salvo che siano di competenza dei conciliatori.

Delle azioni possessorie e di quelle di danno temuto e denuncia di nuova opera, rimandiamo la disamina allo studio speciale del procedimento innanzi i pretori che

faremo nel libro secondo. Notiamo però fin da questo momento che vi ha una differenza rimarchevole tra le azioni possessorie e quella di denuncia di nuova opera da una parte, ed il gruppo rimanente delle azioni mentovate nell'art. 82 dall'altra parte. Le prime non si possono proporre che *dentro l'anno dal fatto* che loro dà origine (art. 694, 695 e 698 cod. civile); le seconde possono essere istituite anche al di là dell'anno; per le prime, spirato l'anno si verifica *decadenza*, talvolta, meno correttamente, denominata *prescrizione*, dell'azione; per le altre è semplice questione di mutamento di competenza. Ciò posto, riesce facile risolvere la disputa se il pretore debba dichiarare d'*ufficio* la sua incompetenza, quando taluna delle azioni dell'articolo 82 venga proposta al di là del termine dell'anno. Rispondiamo: che *deve* dichiararsi incompetente se si tratta di quelle azioni che dopo l'anno non si estinguono; che *non lo deve* invece per le azioni possessorie e la nunciazione di nuova opera. La dichiarazione d'*incompetenza* suppone che vi sia *altra autorità competente* a risolvere la controversia; per le azioni ultimamente indicate essa sarebbe erronea, poichè facendosi luogo *a decadenza* non vi è autorità alcuna che ne possa conoscere ulteriormente. Ma la decadenza da un'azione, giusta il capoverso ultimo dell'art. 56 del codice di procedura, non può essere dichiarata d'uffizio se non per espressa disposizione di legge; e la prescrizione, giusta il precetto dell'art. 2109 del codice civile, *non può mai* essere dichiarata dal giudice d'uffizio; nè vi ha nell'art. 82 od altrove alcun cenno di deroga a questi principii generali. Laonde un'azione possessoria o di nunciazione *novi operis*, potrà essere respinta dal pretore per intempestività, non mai per incompetenza, e solo a condizione che la parte interessata abbia proposta la relativa eccezione.

La ragione principale della competenza stabilita nell'articolo 82 sta nella opportunità di solleciti provvedimenti e spesso di immediati accertamenti sopra luogo, che la natura delle controversie indicate parve richiedere. Ma è naturale che la protezione della legge secondi la diligenza delle parti; ecco perchè passato un tempo abbastanza lungo dal fatto che dà origine all'azione, se la parte non fu sollecita a

promuoverla, il legislatore le ritira lo speciale favore e la rimette alla competenza ordinaria.

Il termine dell'anno non è stabilito per l'esercizio delle azioni di sfratto o di guasti e danni che entrano nella competenza del conciliatore. Invero tale competenza è ammessa soltanto per quelle domande il valore delle quali non la ecceda normalmente. È quindi indifferente che siano proposte con maggiore o minore diligenza.

148. Le azioni per guasti e danni, come nota la relazione Pisanelli, possono talvolta essere connesse alle possessorie, quando il fatto medesimo che dà origine a quelle costituisca per sè una turbativa. Le due azioni però non sono in veruna ipotesi da confondere, stante la diversità degli scopi rispettivi. I guasti o danni possono dipendere anche da un fatto che materialmente non siasi operato sullo immobile, ma che per i suoi effetti anche in modo indiretto lo danneggi, diminuendone il valore, l'utilità, i comodi, ecc.

Le azioni che tendono ad ottenere l'osservanza delle distanze riguardo al piantamento di alberi o di siepi, non comprendono quelle per apposizione di termini, sia pure nei casi in cui la proprietà trovisi incontrastata. Il linguaggio della legge non permette di dubitarne. Codeste azioni erano invece sottoposte da altri codici alla competenza eccezionale del pretore (cod. sardo 1854, art. 6, n. 6; cod. 1859, art. 6).

149. Le azioni di sfratto per finita locazione non rappresentano più una controversia sul contratto di locazione che ha già avuto termine, ma quasi la domanda di un provvedimento possessorio urgente che restituisca alla disponibilità del proprietario la cosa di cui è privato per mal talento del conduttore. Intendasi bene però che non sono vere azioni possessorie. La competenza su queste azioni è divisa fra i pretori e i conciliatori, come abbiamo già detto. Condizione tassativa per l'esercizio delle azioni stesse dinanzi ai pretori è che la locazione sia finita. Perciò è in primo luogo da porre fuori di dubbio che se il convenuto nel difendersi eccepisce *non essere finita la locazione,* egli deduce una *eccezione riconvenzionale* atta a sottrarre la causa al giudizio del pretore, qualora la controversia si porti su un valore eccedente la di lui competenza. È superfluo

avvertire che la stima della domanda si fa alla stregua dell'art. 77. In secondo luogo è da notare che se avanti il termine della locazione il proprietario si avvisasse di iniziare contro il conduttore la domanda giudiziale per farlo condannare al rilascio del fondo tosto compiuto il periodo del contratto (1), non si farebbe luogo alla competenza eccezionale del pretore, ma si dovrebbe seguire quella ordinaria determinata dal valore della domanda, dal cumulo cioè delle pigioni o dei fitti che rimangono ancora da maturare prima della fine della locazione.

La competenza eccezionale del pretore vale anche per le azioni di sfratto per finita colonìa o mezzadria, a mente di quanto dispone l'art. 1647 del codice civile.

Quanto all'esercizio delle azioni di sfratto, che la legge del 1892 attribuì alla competenza dei conciliatori, è notevole che essa non pone, ma anzi sembra escludere la condizione *che la locazione sia finita*, condizione che si legge nel n. 5 dell'art. 82. E, mentre l'art. 70 del codice dava potestà ai conciliatori di pronunziare su tali domande quando la pigione o il fitto *per tutta la durata della locazione* non avesse ecceduto il valore di trenta lire, l'art. 10 della nuova legge al comma 2° pone la condizione che la pigione od il fitto *per la rimanente durata della locazione* non ecceda il valore di cento lire. Ciò sembra enigmatico, in quanto che un'azione *di sfratto*, nel senso del codice di procedura, non può essere esercitata allorchè la locazione debba avere *una rimanente durata*. La difficoltà ermeneutica non è lieve; è probabile che nel compilare il testo siansi avute presenti disposizioni di anteriori leggi relative alla istanza per licenziamento di affittuari o inquilini, che doveva essere proposta in giudizio nel termine anteriore alla scadenza del contratto, stabilito dalla consuetudine; la competenza del giudice si desumeva dal valore degli affitti e delle pigioni per il rimanente periodo del contratto. Ma la confusione fra tale antica regola e il nuovo sistema non è scusabile, essendo fuori di dubbio che oggidì, normalmente, il contratto di locazione finisce *ipso iure* con lo spirar del termine convenuto

(1) Ricordiamo in questo proposito l'osservazione esposta al n. 43.

e che l'azione di sfratto suppone d'ordinario già verificata la cessazione dell'affitto. Si può fare uno sforzo per rimediare al vizio di redazione dell'art. 10, ricorrendo al disposto dell'art. 11 della medesima legge, nel capoverso del quale trovasi stabilito: « Quando il valore della causa non è deter- « minato dalla domanda, l'attore ha sempre diritto di dichia- « rare, al fine di conservare la competenza del conciliatore, « che in ogni caso s'intenderà la sua domanda infra i limiti « delle lire cento ». Così, l'attore, finita la locazione, se crederà di attribuire un valore non superiore a quel limite alla domanda diretta ad ottenere la restituzione del suo immobile, potrà adire il conciliatore. E la determinazione del valore si riferirà in questo caso alla indennità che egli pretenda per la illecita detenzione da parte del conduttore oltre il termine contrattuale. Altrimenti la interpretazione del secondo comma dell'articolo 10 condurrebbe a questo assurdo: per domandare lo sfratto dell'inquilino da una casa per la quale si pagano, supponiamo, cento lire il mese, e che fu affittata per un anno, si dovrebbe adire il conciliatore se la domanda fosse proposta al principio dell'ultimo mese; per contro, se fosse proposta dopo scaduto il termine contrattuale la domanda di sfratto da un immobile locato per due mesi, a cinquanta lire al mese, dovrebbe sempre essere adìto il pretore perchè non è possibile fondare la stima della lite sul criterio della *rimanente durata della pigione.*

È superfluo dire che, qualunque sia l'interpretazione data al testo in esame, la competenza del conciliatore verrebbe a cessare dinanzi ad una eccezione riconvenzionale del convenuto, il quale pretenda avere diritto alla continuazione del contratto per un periodo ulteriore cui corrisponda una pigione od un fitto eccedente la somma di cento lire.

150. Invece di esercitare l'azione di sfratto per finita locazione nelle forme ordinarie, può il locatore valersi della procedura speciale istituita con la recente legge 24 dicembre 1896, la quale ha rinnovato in parte anche le norme della competenza.

Questa procedura, che sarebbe utile per la speditezza, e semplicità, fu malissimo organizzata dalla legge del 1896.

Si compone di due fasi. La prima consiste nella intimazione per mezzo d'usciere di un atto di disdetta o licenza per finita locazione, mezzadria, colonìa, o masseria; essa deve essere eseguita prima che scada il periodo contrattuale, in quel termine che, secondo i casi, è stabilito dalla legge, dalla consuetudine locale o dal contratto; deve essere accompagnata, nel medesimo atto, dalla citazione a comparire per convalidazione della licenza. Se si tratta di pigione o di fitto non eccedente lire trecento per tutta la durata del contratto, la citazione è fatta dinanzi al conciliatore; in ogni altro caso, e quindi sempre per i contratti di mezzadria, masseria, o colonìa, dinanzi al pretore. Qualora il citato non comparisca, o, comparendo, non si opponga alla domanda, il giudice accorda forza esecutiva alla licenza, che servirà così per l'esecuzione dello sfratto a termine compiuto. Se il citato si oppone, il giudice pronunzia, nei casi di sua ordinaria competenza, e rinvia le parti alla sede competente, negli altri. Qui rinasce, rispetto al modo di determinare la competenza del conciliatore, la difficoltà segnalata nel numero precedente. La competenza del pretore, qualunque sia il valore del contratto, starà invece, a mente dell'art. 82, n. 5, del codice, ogni volta che l'opposizione non si fondi sulla pretesa che il contratto debba durare per un periodo ulteriore, la valutazione del quale dia una somma superiore alle millecinquecento lire.

151. L'ultimo capoverso dell'art. 70 e l'ultimo dell'articolo 71 e così pure quello dell'art. 15 della legge del 1892 sui conciliatori, sottraggono alla competenza dei conciliatori e dei pretori le controversie sulle imposte dirette e indirette. Risulta poi dagli articoli 431 e 455 che è parimente esclusa la competenza loro relativamente alla querela di falso civile, sia pure proposta in via incidentale in giudizi di loro competenza.

Tanto l'una che l'altra delle indicate materie sono deferite alla esclusiva cognizione dei tribunali come diciamo qui appresso.

152. ***Tribunali civili.*** — Il sistema del nostro codice molto opportunamente tronca le controversie dibattute sotto altre legislazioni sulla natura della giurisdizione dei

tribunali. Fu insegnato che codesta giurisdizione è la sola universale; che quelle dei giudici singoli sono meramente eccezionali; che perciò le parti possono sempre convenire di sottoporre una loro controversia al tribunale anche se di competenza di codesti giudici; che, infine, non potrebbe in tali casi essere l'incompetenza dichiarata d'ufficio dal tribunale, e nemmeno opposta dal convenuto se non avanti di ogni altra istanza o difesa. Ma, congiungendo le espressioni nettamente limitative dell'art. 84 coi precetti degli articoli 69 e 187, non possiamo nutrire dubbi sulla inammissibilità fra noi di siffatte dottrine, quantunque abbiano avuta una certa eco in qualche antica decisione delle nostre corti giudiziarie. La giurisdizione dei tribunali *come tali* è una *frazione* della giurisdizione generale dell'autorità giudiziaria, e i confini assegnati ad essa dalla legge non possono essere varcati per verun pretesto. È certo che il sistema del nostro codice, dato il fondamento su cui poggia, ossia la distribuzione della competenza di prima istanza fra più categorie di magistrati, risponde in miglior modo alla sicurezza ed alla parità di trattamento di tutti i litiganti.

153. Accennammo (n. 90) alla abolizione dei tribunali di commercio. Essa fu eseguita mediante la legge del 25 gennaio 1888, il cui primo articolo stabilì: « I tribunali di commercio sono aboliti. Gli affari di loro competenza sono devoluti ai tribunali civili e correzionali, con le norme prescritte nelle materie commerciali ». Nella prima edizione (*Appendice*, num. 1091 e seguenti), occupandoci di questa riforma legislativa, esponemmo l'opinione che per effetto di essa la giurisdizione commerciale fosse stata soppressa in Italia. E ciò per la considerazione (che non è altro se non una applicazione dei principii generali già stabiliti: v. n. 89), che di fronte alla sostanziale unità della funzione giurisdizionale dello stato, e dello scopo di essa, i frazionamenti del suo esercizio non possano essere concepiti se non in quanto si ricolleghino alla costituzione di organi particolari che di una singola porzione della medesima siano investiti in modo esclusivo: laonde dove non esiste organo particolare di giurisdizione ivi non è *giurisdizione speciale*.

154. I magistrati speciali per le materie commerciali, già lo abbiamo detto (n. 90), sorsero nei tempi in cui alla formazione del diritto obbiettivo sopra queste materie era necessaria l'opera di siffatta particolare giurisdizione. Fiorirono fino a che tale opera continuò ad essere attiva e feconda; languirono quando essa, avendo raggiunto il massimo suo risultato, quello cioè di rendere possibile la codificazione del diritto mercantile, perdette le ragioni ulteriori di attività e di fecondità. Del loro languire fu conseguenza la riduzione dei poderosi e complessi organismi della antica giurisdizione commerciale a quello stato ibrido e incompleto in cui li tollerò il codice di procedura d'accordo con la legge d'ordinamento giudiziario del 1865. Non esistevano più in Italia che pochi tribunali di commercio veri e proprii, composti con magistrati scelti nel ceto mercantile e spesso completati con giudici di toga; per la competenza inferiore dei pretori e per quella superiore delle corti di appello, il giudice ordinario era investito di giurisdizione anche sulle controversie di natura commerciale; nella sfera stessa della competenza dei tribunali, erano i tribunali civili che, nella maggior parte del territorio dello stato, *facevano le veci* di tribunali di commercio (art. 42 e 54 della legge sull'ordinamento giudiziario; art. 84 e 85 c. di p. civ.). Per quanto monca e amorfa, questa organizzazione bastava a rappresentare la esistenza di una *giurisdizione speciale* sulle materie commerciali, sia per la istituzione di tribunali effettivi di commercio, sia per la attribuzione data ai tribunali civili di *farne le veci*, cioè di rappresentarli dove essi mancavano. La legge 25 gennaio 1888 portò l'ultimo colpo a tali ruderi dell'antica e non più utile giurisdizione. L'abolizione dei tribunali di commercio fornì la prova manifesta e sicura della volontà del legislatore di eliminarla completamente aggiungendo alla *ordinaria giurisdizione* dei tribunali civili quel dominio che prima era occupato dalla giurisdizione speciale mercantile.

Che questo fosse il concetto animatore della legge abolitrice, oltre che dall'analisi delle sue necessarie conseguenze si desume anche dalla testimonianza apertissima che ne porgono le dichiarazioni fatte dal governo presentando al

parlamento lo schema relativo. Nella relazione del guardasigilli al senato, dopo che la camera dei deputati già aveva approvato il progetto di legge, fu scritto: « Non occorrono « molte considerazioni per raccomandare alla sapienza del « senato siffatta proposta. L'origine e la funzione storica « di queste *speciali giurisdizioni*, le trasformazioni e limi- « tazioni cui naturalmente secondo i nuovi bisogni anda- « rono soggiacendo, lo stesso anomalo ed ibrido ordina- « mento cui oggi sono ridotte, le moderne esigenze dello « sviluppo giuridico e dell'amministrazione giudiziaria, ecco « le ragioni evidenti *che ne rendono ormai necessaria la* « *scomparsa* ». E in altro luogo della medesima relazione: « Questa *speciale giurisdizione* sulle controversie nascenti « dai rapporti commerciali, non può avere che una spie- « gazione puramente storica nella necessità transitoria, in « altri tempi avvertita, di sottrarre quelle contestazioni alla « applicazione di norme non rispondenti ai novelli bisogni « dei traffici e al rigoglioso sviluppo della vita commerciale, « quando, col diritto romano che aveva ripigliato il posto di « diritto comune, si presumeva poter regolare i nuovi rapporti « e le nuove forme dell'attività economica, che richiedevano « invece norme omogenee, ispirate a ben altri concetti ».

155. Non pare adunque discutibile l'effetto sostanziale della legge del 1888 essere stato l'abolizione definitiva della *giurisdizione commerciale*. Il corollario che devesi dedurne circa i rapporti che essa aveva con le discipline processuali, ossia la modificazione derivatane a queste discipline, fu pertanto la cessazione di ogni effetto delle regole sulla *competenza commerciale* scritte nel codice di procedura ed in quello di commercio; poichè le regole di competenza non sono altro che le determinazioni misuratrici dei confini di una giurisdizione speciale. Tali regole, diciamo, non hanno più motivo di sussistere, una volta che è scomparso l'oggetto pel quale erano state stabilite. Ove si volessero mantenute, apparirebbero come un referente senza relato, costituerebbero un controsenso, non solo per la loro repugnanza alla logica dell'astratto ragionamento quanto, e ancora più, per la incompatibilità con qualsiasi pratica applicazione.

156. A noi tutte queste considerazioni apparvero chiarissime fino dal tempo della promulgazione della legge; ed esse ottennero ben presto dalla più autorevole giurisprudenza completa adesione (1). Ma, com'è inevitabile sorte delle idee nuove, non piacquero a tutti. E vi si opposero alcuni maggiori e minori scrittori, facendosi forti di due argomenti:

1° Fu rammentato avere il relatore della legge al senato espressa l'opinione che non sarebbe derivata dall'abolizione dei tribunali di commercio quella della giurisdizione commerciale, giacchè gli affari di commercio avrebbero continuato a trovare guarentigie giurisdizionali innanzi ai tribunali civili. Ma l'equivoco avrebbe dovuto apparire evidente: di certo, la legge del 1888 non ebbe in mira di sopprimere la tutela giurisdizionale sugli affari del commercio e sui diritti da essi nascenti: ma soltanto volle comprendere questa tutela, in modo completo e definitivo, fra gli attributi della *giurisdizione ordinaria*, facendo cessare del tutto la *giurisdizione speciale preesistente*, col togliere di mezzo l'unico organo che la rappresentava. Ed è strano, per lo meno, che gli scrittori, i quali con tanta fiducia invocarono il fuggevole ed inconcludente accenno della relazione senatoria, dimenticassero del tutto di prendere in esame le chiare e categoriche dichiarazioni della relazione governativa, interprete, come già dicemmo, anche del pensiero della camera dei deputati; pensiero che non si può dubitare sia stato condiviso dal senato, il quale approvò integralmente il progetto sottopostogli e non diè prova, nè con le discussioni nè con emendamento alcuno, di dar peso alla erronea opinione personale del proprio relatore.

2° Fu inoltre osservato che la giurisdizione commerciale vige ancora, distinta dalla civile, presso i tribunali civili, in condizioni identiche a quelle in cui si trovava

(1) La giurisprudenza è ormai quasi pacifica nell'ammettere le conseguenze della tesi da noi sostenuta. Molte sentenze lasciano però desiderio di maggior precisione di idee e correlativa esattezza di linguaggio. Come in tanti altri casi, avviene anche qui che il senso pratico della realtà si imponga e determini la correttezza delle decisioni, prima che le menti dei magistrati siano giunte a maturare perfettamente la dottrina o il principio da cui quelle ricevono l'intima e logica giustificazione.

presso i medesimi in vigore, prima dell'abolizione dei tribunali di commercio, nei luoghi dove ne facevano le veci, per la ragione che le liti commerciali continuano ad essere trattate con riti parzialmente diversi da quelli delle civili, giusta la espressa riserva scritta al proposito nell'articolo 1° della legge del 1888.

Basterebbe la semplice enunciazione per mettere in guardia contro un simile assunto. Se prima dell'abolizione dei tribunali di commercio, quelli civili ne facevano *le veci* per conoscere delle cause commerciali, nei luoghi dove essi mancavano, ciò poteva accadere perchè in altri luoghi i veri e propri tribunali di commercio esistevano. Ma che si possa *far le veci* di un individuo che non è più in istato di agire, di una istituzione morta, di un uffizio scomparso ed abolito, è ciò che non riesce nemmeno concepibile. Del resto la tesi in esame è insostenibile per ben altro motivo. Essa confonde la sfera propria delle norme del rito con quella delle norme di frazionamento della giurisdizione, le quali invece sono bene e nettamente distinte. Le seconde appartengono al dominio del diritto pubblico, perchè l'organamento di una amministrazione giudiziaria, idonea ad affidare completamente la coscienza pubblica, è un alto interesse sociale. Le prime invece appartengono all'ordine giuridico privato, servendo a guarentire ai singoli litiganti i mezzi più acconci per la difesa delle rispettive ragioni; laonde è canone inconcusso di dottrina che possa la volontà delle parti derogare dalla rigorosa osservanza delle norme di procedura, salvo le eccezioni tassativamente determinate dalla legge. Se la destinazione propria di un rito alla trattazione di certe controversie bastasse per costituire su di esse una speciale giurisdizione, il rito medesimo non potrebbe mai essere violato senza che le norme giurisdizionali lo fossero insieme. E se le parti fossero d'accordo per derogare a forme di procedura stabilite nel loro esclusivo interesse si dovrebbe ravvisare in ciò una proroga di giurisdizione, vietata dall'articolo 69 del codice. Ciò è contrario ad ogni principio finora accolto. Notisi poi che in questa maniera si attribuirebbe al concetto di *giurisdizione* un significato del tutto nuovo ed insolito; e ciò non soddisferebbe nem-

meno il proposito di chi sostiene che, malgrado la legge del 1888, continui *ad esistere la giurisdizione commerciale;* giacchè costoro dovrebbero dimostrare che essa esiste ancora nel senso e con gli effetti in cui si concepiva e funzionava prima di quella legge. A torto, pertanto, qualche ragguardevole difensore di tale opinione (1) pretende che si debba distinguere fra *giurisdizione commerciale e competenza commerciale*, sostenendo che la prima è sempre in vita, mentre la seconda è scomparsa, poichè a dir vero dove non c'è possibilità di assegnare una competenza, per difetto di un organo investito di speciale giurisdizione, ivi nemmeno è possibile che si riconosca la esistenza della giurisdizione stessa.

157. Posta la dovuta attenzione ai ragionamenti che precedono, se ne trae la prima importantissima conseguenza che la distinzione fra *materie civili* e *materie commerciali* non è più criterio determinatore di competenze; e che, come rimase abrogato, per assoluta incompatibilità con la legge del 1888 (art. 5 delle *disposizioni preliminari del codice civile*) l'art. 869 del codice di commercio, così pure cessò di avere ragione la distinzione fra le competenze dei tribunali civili e di commercio stabilita negli articoli 84 e 85 del codice di procedura civile. I tribunali civili conoscono attualmente delle controversie commerciali per competenza propria ed esclusiva, non già in quanto facciano le veci di tribunali di commercio. Il codice commerciale, considerato come legge ordinaria, regolatrice di una fra le grandi ramificazioni del diritto privato, viene applicato ed interpretato da essi per virtù di quella medesima giurisdizione ed autorità per cui applicano ed interpretano il codice civile. Del pari è abolito il disposto dell'art. 874 del codice di commercio, non avendo ormai ragion d'essere nè l'una nè l'altra delle due regole ivi scritte. Non la prima, che dichiara la proponibilità in qualunque stato e grado di causa della eccezione d'incompetenza del giudice civile sulle materie

(1) Si avverta però, e lo diciamo con legittima soddisfazione, che agli argomenti copiosi e stringenti da noi addotti nessuna confutazione vera e propria fu mai opposta, tutto il sistema dei contraddittori riassumendosi nelle affermazioni qui sopra esposte e discusse.

commerciali, e viceversa, non essendovi più luogo a tale eccezione. Non la seconda, che considera e governa l'ipotesi di errore ed omissione nel designare la qualità in cui pronunzia l'autorità giudiziaria investita delle due giurisdizioni, civile e commerciale, poichè manca ormai il fondamento razionale per distinguere fra due giurisdizioni che furono unificate nell'organo a cui ne è attribuito l'esercizio.

158. Nell'art. 870 del codice di commercio sta scritto, che le azioni le quali derivano da un atto che è commerciale *anche per una sola delle parti*, appartengono tutte *alla giurisdizione commerciale.* La nuova legge, evidentemente, rese pure ineseguibile questa norma di procedura, divenuta inconciliabile con la soppressione della indicata giurisdizione. Ma il principio a cui il legislatore erasi ispirato conserva integra sotto altro aspetto la sua importanza. Continua infatti ad avere vigore l'articolo 54 del codice di commercio, a tenore del quale, se un atto è commerciale *anche per una sola delle parti, tutte sono per ragione di esso soggette alle leggi commerciali.* Ciò significa che qualsivoglia controversia sia per derivare dall'atto medesimo deve essere decisa con la scorta esclusiva di tale legge. Il che è a dire tanto per le pronunzie sulla validità delle obbligazioni e sui mezzi di prova rispettivamente ammissibili in giudizio, quanto per quelle sui loro effetti, esclusi quelli specialmente relativi alle persone dei commercianti, per cui fa esplicita eccezione il citato art. 54.

Il principio esposto appartiene al diritto sostanziale, non al processuale. Dato un rapporto giuridico e sorta su di esso una controversia, è necessario istituire, in qualunque caso, una preventiva ricerca intorno ai suoi elementi intrinseci, per discernere quali norme di legge vi debbano essere applicate. Tale ricerca ha due distinti obbiettivi: uno d'ordine generale, l'altro particolare. In relazione al primo si tratta di determinare quale categorie di disposizioni legislative vada presa in considerazione, secondo le classi dei rapporti fondamentali a cui queste rispettivamente provvedono. Occorre quindi riconoscere se la controversia cada sotto la disciplina del diritto civile, o del commerciale, o dell'amministrativo, o dell'internazionale. In secondo luogo necessita

stabilire, con analisi specifica del tema controverso, quale parte della legge determinata convenga alla disciplina del medesimo. I precetti di legge concernenti la locazione non servono per decidere su una vendita; nè quelli relativi agli ordinari contratti commerciali giovano per deliberare sugli effetti particolari del contratto di cambio; e così via dicendo. Basta por mente a ciò per vedere in piena luce come il còmpito del magistrato, nella doppia ricerca di cui parliamo, sia il medesimo in relazione alla legge commerciale e ad ogni altra categoria di disposizioni legislative. Laonde egli procede secondo le regole comuni del diritto giudiziario (v. n. 28), applicando a ciascun tema di litigio la legge che gli è propria, e di ciascuna legge quei precetti che sono, secondo il di lui raziocinio, adatti al caso, senza che istanze delle parti gli impongano in proposito un vincolo imprescindibile.

159. Una importante diversità rimane adunque fra le materie civili e commerciali, in quanto i due nomi servono a indicare, giusta l'indole di ogni singola controversia, quale legge imperar debba sopra di essa e governarne la risoluzione. Tale diversità ripetesi anche nel campo della procedura, non già in relazione ai criteri misuratori della competenza, bensì rispetto alle norme del rito e della prova. Vedremo come, dinanzi ai tribunali, le controversie in materia commerciale abbiano certe norme proprie stabilite dal codice di procedura e da quello di commercio, che oggi però sono grandemente scemate di importanza in seguito alla legge 31 marzo 1901 che generalizzò il procedimento sommario. Vedremo altresì come, in ogni sede di giudizio, simili controversie diano luogo alla applicazione di alcune regole speciali d'istruttoria e di procedimento. Tali regole e riti poterono essere mantenuti, malgrado la soppressione della giurisdizione commerciale, poichè avevano avuto origine dalla contemplazione di opportunità credute inerenti in modo speciale (il che ormai non è più conforme al vero) ai rapporti litigiosi che derivano da affari mercantili. Tuttavia, poichè si tratta di provvidenze istituite nell'interesse privato dei litiganti, non in quello generale e pubblico della organizzazione giudiziaria, tor-

niamo a dire che la loro osservanza non è indeclinabile; e a torto da qualcuno si vorrebbero porre a fondamento e prova della sopravvivenza di una giurisdizione commerciale, di cui è venuto meno ogni elemento organico ed essenziale.

160. Tutto ciò premesso, e ponendo in relazione gli art. 84 e 85 del cod. di proc. con la legge del 25 gennaio 1888, diremo che i tribunali civili conoscono in primo grado di istanza di tutte le azioni in materie civili o commerciali che hanno un valore superiore a lire millecinquecento, salva la competenza eccezionale dei pretori nei casi indicati dall'art. 82 del citato codice, e quella delle giurisdizioni speciali nelle materie ad esse attribuite. Conoscono altresì delle controversie sulle imposte dirette o indirette e delle querele per falsità di documenti, siano queste ultime proposte in forma di istanza principale o incidentale, senza riguardo al valore della lite; e infine conoscono delle controversie su diritti di valore non determinabile, a sensi dell'articolo 81; come pure di ogni ordinario giudizio per espropriazione forzata di beni immobili.

161. Per le controversie sulle imposte dirette o indirette è da osservare che la competenza esclusiva dei tribunali si fonda sul disposto della legge 20 marzo 1865, all. *E*, sul contenzioso amministrativo, art. 6, oltre che su quello dell'art. 84, n. 1, del codice. Tale competenza fu determinata allo scopo di assicurare a quelle controversie il giudizio di magistrati *inamovibili*, e quindi più indipendenti dal governo, il quale agisce come parte nelle medesime rappresentando gli interessi dello stato, spesso assai cospicui, non tanto per l'entità della somma in litigio quanto per l'importanza ed estensibilità della questione di massima che vi si può agitare. In realtà, però, da siffatta cautela i cittadini non ritraggono benefizio, ma danno. Le maggiori spese, le più lunghe formalità, il necessario ministero del procuratore, sconsigliano spesso dal portare innanzi al tribunale una contesa che, nei riguardi personali del privato, ha forse una minima importanza pecuniaria; nè, per altra parte, mancherebbero al governo i mezzi per esercitare illecite pressioni sui magistrati inamovibili, sì che non vi è ragione per uno speciale sospetto contro i pretori e i conciliatori.

La legge considera le imposte dirette od indirette senza distinzione; crediamo quindi indubitabile che comprenda ogni specie di tributo o tassa che i cittadini, per qualsivoglia titolo, pagano allo stato, alla provincia od al comune, sebbene in diritto costituendo meriti gran favore la opinione di limitare, se non altro, la speciale competenza dei tribunali alle imposte dovute allo stato.

Che s'intenda per « cause in materia d'imposte dirette e indirette » (art. 84 cod. proc. civile), ovvero per « controversie relative alle imposte dirette o indirette » (art. 6 legge 20 marzo 1865), non è bene stabilito nella pratica. La più razionale interpretazione della legge, come a noi pare, è quella che ne limita l'applicazione ai casi soli nei quali il giudice viene richiesto di spiegare il senso di una norma in materia tributaria per determinare i modi ed i confini dell'esercizio del diritto competente allo stato, alla provincia od al comune. Deve quindi trattarsi, in primo luogo, di una controversia fra il contribuente e la pubblica amministrazione o chi legalmente può agire per essa (quindi anche fra il contribuente e l'esattore), non già fra due privati i quali disputino sulla competenza passiva di un onere fiscale. Deve, in secondo luogo, essere posto in contesa il diritto alla riscossione della imposta, vuoi che si discuta intorno alla stessa esistenza del debito, o piuttosto intorno alla misura del medesimo. Nè pertanto sembra conforme alla legge il considerare deferita alla competenza speciale dei tribunali ogni singola controversia in cui per avventura venga in esame un qualsiasi precetto contenuto in leggi regolatrici la istituzione o la percezione di una imposta. Così dissentiamo da molte pronunzie, con le quali la corte di cassazione di Roma è andata accentuando una sua tendenza non nuova, sebbene non costante, a dare applicazione estensiva alla norma di competenza qui analizzata: tendenza che reputiamo non conforme alle ragioni che costituiscono il fondamento della norma medesima (1).

---

(1) Più d'una volta la ricordata corte di cassazione sentenziò (25 aprile 1895 e 13 febbraio 1896; *Giur. it.*. 1895, 1, 1, 545; 1896, 1, 1, 218), che dovendosi il lotto considerare un'imposta, la controversia sul pagamento

162. Circa la competenza speciale dei tribunali a conoscere della querela civile di falso, principale od incidentale che sia, terremo ampio discorso nella sede opportuna, giacchè qui sarebbe prematuro enunciare e svolgere le controversie e i dubbi sorti in proposito.

---

di una vincita al lotto è di competenza dei tribunali, la quale decisione confonde le vincite dei privati, cioè i debiti dello stato per conseguenza del giuoco del lotto, con le imposte, cioè con i crediti dello stato medesimo verso i contribuenti. Moltissime volte (fra le più recenti vedasi 1° febbraio 1897; *Giur. it.*, 1897, I, 1, 228) pronunziò la stessa corte che sono di esclusiva competenza dei tribunali le controversie tutte che si riferiscono alla interpretazione delle leggi sulla riscossione delle imposte. Perfino applicò questa norma di competenza alla lite sorta fra il compratore all'asta fiscale di un immobile venduto per debito d'imposta e il detentore del medesimo che si oppone al rilascio (12 novembre 1896, *Giur. it.*, 1897, I, 1, 229 in nota); e così all'azione promossa fra privati per restituzione di somma anticipata per la registrazione di un contratto, quando l'indole delle eccezioni opposte richiama il giudice ad interpretare una legge d'imposta (8 febbraio 1897, *ivi*, 130); così ancora all'azione del terzo che reclama con istanza in separazione la proprietà dei mobili pignorati dall'esattore per un debito d'imposta (24 marzo 1897, *ivi*, 326); tutti casi che non includono veruna controversia relativa alla imposta. La corte medesima decise qualche volta (14 luglio 1896, *ivi*, 1896, I, 1, 870) che dentro i limiti della competenza per valore il pretore è competente a conoscere di qualsiasi controversia che insorga in tema di pignoramento presso terzi per debito d'imposta: e più generalmente (10 agosto 1896, *ivi*, 727 ed altre posteriori), che la necessità d'interpretare ed applicare disposizioni contenute in leggi che governano imposte dirette o indirette non fa venir meno la competenza del pretore, quando non s'impugna il debito della imposta, nè la qualità di essa, nè il modo di riscossione, nè la validità dell'eseguito pagamento, ma si contende su altro rapporto giuridico che trae la sua origine dall'applicazione delle leggi medesime. Però questi concetti, tanto logici e chiari, furono più spesso sconfessati in gran numero di decisioni. Così, anche recentemente, la corte negò la competenza del conciliatore e del pretore a conoscere di azioni per risarcimento di danni promosse contro l'amministrazione delle poste, per mancata esecuzione di un protesto cambiario, per dispersione di una lettera assicurata, per manomissione di un pacco postale e simili, quantunque non vi fosse neppur l'ombra di controversia sul debito della tassa postale o sul regolare soddisfacimento di essa ma sol perchè si trattava di tener presente una legge che concerne una tassa (sentenze 23 dicembre 1899, 21 maggio e 9 luglio 1901; *Giur. it.*, 1900, I, 1, 165; 1901, I, 1, 832). Inutile rilevare il risultato pratico di questa giurisprudenza o citarne altri esempi; essa pone al sicuro lo stato contro una infinità di azioni e lo esime dall'adempiere una quantità di obblighi verso i cittadini. Chi mai reclamerà l'indennizzo fisso di *quindici lire* per avaria o perdita di un pacco postale, se è costretto a sostenere un giudizio in tribunale?

163. In grado d'appello i tribunali conoscono di tutte le azioni decise in prima istanza dai pretori e delle controversie che si elevano contro sentenze pronunziate dalle giurìe dei probi viri per valore superiore a cento lire, nei casi in cui sono le medesime sentenze impugnate per incompetenza od eccesso di potere (v. n. 143).

Prima dell'abolizione dei tribunali di commercio poteva qualche volta presentare importanza la determinazione dell'indole civile o commerciale della sentenza del pretore. E ciò precipuamente all'effetto di stabilire se l'appellazione dovesse essere portata al tribunale civile od a quello di commercio. Ma oggi non occorre più una simile ricerca.

164. Poichè il nostro codice comprende la competenza *per grado* in quella per materia, abbiamo parlato qui in via generica della competenza dei tribunali in sede d'appello. Gli art. 83, 87, 88, accennano alla competenza in secondo grado dei pretori rispetto alle cause dei conciliatori, a quella delle corti d'appello rispetto ai tribunali, non che alla competenza della corte di cassazione. Ma si tratta di indicazioni sommarie che non hanno per sè bisogno d'illustrazione; e degli argomenti così accennati è indispensabile fare minuta ed acconcia trattazione alle rispettive sedi.

L'art. 86 accenna ancora alla competenza dei consoli e dei tribunali consolari, che formerà a sua volta argomento di separato nostro discorso.

« Ogni autorità giudiziaria — dichiara l'art. 89 — esercita inoltre quelle attribuzioni che le sono affidate dalla legge ». Pongasi tra codeste attribuzioni in prima linea la giurisdizione volontaria. Tanto di questa che di parecchie altre avremo a far menzione ed intrattenerci più oltre; di tutte le attribuzioni speciali che sono deferite ai magistrati dalla legge di ordinamento giudiziario e da altre leggi è quasi impossibile, quando pur non fosse senza utilità, raccogliere qui l'elenco completo.

CAPO V.

Competenza per territorio.

165. Distribuite le autorità giudiziarie in molteplici sedi, non basta, per definire la rispettiva competenza territoriale, il dire che ciascuna esercita giurisdizione nei confini del circondario che dalla sua sede dipende. Imperocchè ancora ciò non chiarisce quali sono propriamente le azioni che appartengono piuttosto ad un riparto del territorio che ad un altro.

A concretare una regola in proposito s'accordano il raziocinio coll'equità. La domanda giudiziaria ha per suo fine dichiarato l'esercizio di un diritto che l'attore ha o pretende di avere; è dunque logico che l'azione sia promossa nel luogo in cui il diritto corrispondente dovrebbe o potrebbe essere esercitato. Questo luogo, in generale, è quello dove l'obbligazione dovrebbe essere adempiuta dal convenuto; quindi l'attore deve ricercare ed attaccare il convenuto dinanzi l'autorità giudiziaria da cui egli dipende in ragione della sua obbligazione. Il *foro del convenuto (forum rei)* è quello in cui la domanda deve essere proposta; ciò presenta, in linea di equità, il vantaggio di rendere meglio possibile ed agevole la difesa; la quale, in certi limiti, ha mestieri di una protezione speciale, in quanto che l'attacco è sempre meditato e spesso inaspettato. La regola è formolata dall'antico dettato: *actor forum rei sequitur*. Vedremo come tutte le discipline della competenza territoriale sono subordinate alla sostanziale osservanza di questo precetto.

Le norme date dal codice per definire la competenza territoriale sono comuni a tutte le autorità giudiziarie, salvo che per indicazione espressa risulti diversamente.

166. Le obbligazioni personali patrimoniali sono adempiute d'ordinario al domicilio del debitore (capov. dell'articolo 1249 cod. civ.). Il giudice davanti al quale il convenuto deve essere citato per difendersi contro una azione personale è quello del suo domicilio; così l'articolo 90 del codice di procedura; — infatti l'esercizio di un'azione per-

sonale non può seguire che *la persona* dell'obbligato. Al *domicilio* però l'art. 90 parifica la *residenza*. Le nozioni date nell'art. 16 del codice civile, del domicilio *(sede principale degli affari ed interessi)* e della residenza *(luogo di dimora abituale)*, dimostrano come il principio direttivo della competenza territoriale mantiensi ugualmente rispettato quando il convenuto sia chiamato a difendersi nell'uno o nell'altro dei due luoghi (1). Conseguentemente l'attore rimane libero di scegliere fra questo e quello. Spetta allo studio del diritto civile stabilire come si acquistano e si mutano il domicilio e la residenza; noi ci limitiamo a ricordare che gli incapaci in via assoluta hanno il domicilio del loro rappresentante e la moglie quello del marito. Per i primi non sarebbe facoltativo all'attore di sperimentare l'azione al foro della loro rispettiva residenza personale invece che a quello del domicilio legale: bensì potrebbe scegliere fra il domicilio e la residenza del tutore.

Non conoscendosi il domicilio nè la residenza di una persona, può almeno essere noto in qual luogo essa attualmente si trova. Questo luogo, cioè *la dimora,* è naturale che si surroghi in tal caso al domicilio ed alla residenza; il che appunto stabilisce il primo capoverso del predetto art. 90.

Ma l'articolo ora citato non menziona soltanto le azioni *personali.* Esso sottopone alle medesime discipline che valgono per queste anche le *azioni reali su beni mobili.* Come abbiamo detto al n. 17, il codice di procedura segue rispetto ai beni mobili lo stesso principio ammesso dal codice civile — *mobilia sequuntur personam.* — Il patrimonio mobiliare d'un cittadino si considera esistere là dove egli medesimo si trova.

---

(1) Il codice civile, con la triplice distinzione del *domicilio*, della *residenza* e della *dimora*, crea una grave e inutile complicazione, l'inconvenienza della quale si riflette sulla pratica giudiziaria. Le altre legislazioni ottengono un migliore e più semplice assetto di questa materia, con la distinzione sola tra *domicilio* e *dimora*, includendo il concetto nostro di residenza or nell'una or nell'altra designazione. E alcune, opportunamente, attribuiscono effetto legale alla *pluralità dei domicilii*, ciò che elimina molte tediose e vane dispute in sede contenziosa. La osservazione è tanto più importante, in quanto le eccezioni fornite dalla soverchia sottigliezza o complessità delle disposizioni legislative servono quasi sempre ai soli litiganti di mala fede.

167. Il domicilio a cui allude l'art. 90 è l'ordinario *domicilio civile.* Qualora però rispetto ad una determinata obbligazione, o ad una serie di rapporti giuridici, sia stata operata *elezione speciale di domicilio,* quale è autorizzata dall'art. 19 del codice civile, il luogo dell'elezione si manifesta fornito di requisiti opportuni per fissarvi la competenza. Imperocchè la volontà medesima delle parti lo qualifica come sostituito al domicilio ordinario. Indi la conseguenza che davanti all'autorità di cotesto luogo *possono* essere intentate le azioni (art. 95). Diciamo *possono*; infatti il domicilio elettivo non toglie quello normale nè la residenza; adunque, sarà facoltativo all'attore di sceglierlo, ovvero di attenersi alla regola generale: salvo però che la elezione di domicilio risulti fatta *a particolare comodo del convenuto,* come se si fosse pattuita la competenza delle autorità giudiziarie di quel luogo esclusivamente. Anche in simile ipotesi sta fermo tuttavia il principio che l'incompetenza non debba essere dichiarata se non dietro eccezione dell'interessato.

Si avverta che in virtù della potestà data alle parti di prorogare la competenza territoriale, è sempre facoltativo sostituire la competenza che risulta dalla elezione di domicilio a qualunque altra di quelle che verremo indicando, e non solo alla competenza per le azioni personali e le reali mobiliari.

168. L'art. 90 parla di *azioni personali* senza distinzione di sorta; esso contempla adunque eziandio, in massima, le azioni personali relative ai beni mobili od immobili *(ad rem).*

Ma nell'art. 93 leggiamo: « Le azioni reali su beni immobili *e quelle indicate nell'articolo 82,* si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo ove è posto l'immobile, o seguì lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile ».

Prima di esaminare la ragione del precetto, facciamo notare che esso ci fornisce la prova irrecusabile che le azioni possessorie *non sono azioni reali* (1). Se tali fossero,

(1) Le abbiamo già riconosciute appartenenti alla categoria delle azioni personali *ad rem* (v. n. 16, 17). Vi è però una importante differenza fra l'azione di manutenzione e quella di reintegrazione. Per questa

non avrebbe senso la distinta menzione — come di categorie diverse — fatta dalla legge, delle azioni reali su beni immobili e di quelle indicate nell'articolo 82. È vero che nel detto articolo oltre le possessorie sono contemplate altre azioni di carattere personale indubitabile. È chiaro tuttavia che *tutte le azioni* ivi comprese sono poste nell'art. 93 in un fascio e quasi in antitesi alle reali immobiliari, mentre vengono nel tempo stesso assimilate a queste in ordine alla competenza per territorio. Non sarebbe mancato modo di sceverare con idoneo linguaggio le azioni possessorie da quelle di diversa indole dell'art. 82, se il legislatore avesse ammessa una tale diversità.

Tutte le azioni enunciate nell'art. 82 sono invero *personali*, ma *relative ad una cosa mobile o ad un immobile.* E qui è acconcio di rilevare che la regola di competenza espressa nell'articolo 93 vale per le azioni dell'articolo 82 solo quando si adempia la condizione da quell'articolo premessa, che cioè siano proposte entro l'anno, eccettuate soltanto le azioni possessorie e la nunciazione di nuova opera, giusta l'osservazione fatta al n. 147. Trascorso l'anno, cessa ogni rapporto tra quelle azioni e l'articolo 82; ed alla guisa medesima che andranno assoggettate alle regole ordinarie della competenza per materia e valore, dovranno subire anche quelle della competenza per territorio. Sarà più malagevole l'istruttoria innanzi al giudice del domicilio del convenuto

---

ultima l'art. 695 del codice civile ne limita la proponibilità esclusivamente *contro l'autore dello spoglio.* Rispetto alla manutenzione non vi è nessuna dichiarazione analoga nell'art. 694; e nella legislazione francese questa (che fu in antico la sola azione possessoria ammessa) fu considerata sempre azione reale. Noi non possiamo alterare la chiara espressione della legge che le classifica entrambe fra le personali, come abbiamo dimostrato. Ma dobbiamo pur avere presente l'art. 697 del cod. civ. da cui risulta, come fu anche inteso dalla giurisprudenza, che l'azione di manutenzione può servire al ricupero del possesso legittimo perduto in conseguenza di una turbativa (anche non violenta o clandestina); e poichè manca l'accennata limitazione al suo esercizio, dobbiamo ritenere che l'azione di manutenzione possa essere spiegata contro il terzo possessore della cosa che col mezzo di essa si vuol ricuperare, e parimente contro il terzo possessore della cosa che fosse stata avvantaggiata dalla molestia recata dal possessore precedente al possesso dell'attore in manutenzione, all'effetto di far cessare la molestia e ripristinare il possesso turbato.

che innanzi a quello del luogo dove avvenne il fatto; ma l'attore sopporta con ciò la pena della propria negligenza.

169. Per le azioni reali immobiliari e per quelle enumerate nell'articolo 82 il *forum rei sitae* prende adunque il posto del *forum domicilii*. Si considera che l'interesse del convenuto è congiunto alla cosa che direttamente o indirettamente viene in controversia, che presso di essa egli radunerà più presto e facilmente le armi della difesa, che infine — da un punto di vista rigorosamente giuridico — il luogo dove si eserciterebbe il preteso diritto è quello dove sta la cosa; onde il giudice che ivi ha sede debb'essere competente. La forma di applicazione è mutata, ma il principio, come si vede, è ancora lo stesso.

Dalla relazione Pisanelli e dall'articolo 94 del progetto annessovi, appare che fu originariamente vagheggiata l'idea di estendere la competenza del *forum rei sitae* a tutte le azioni relative a beni immobili, non meno *reali* che *personali*. A noi sembra che il divisamento non mancasse di opportunità. Ad ogni modo le parole dell'articolo 93 non permettono discussione. Esso riguarda solamente le azioni *reali* su immobili, e per eccezione quelle personali menzionate nell'articolo 82.

Un immobile può estendersi sovra territori compresi in circoscrizioni giudiziarie diverse. Di fronte a questa ipotesi è prevalso in talune legislazioni il sistema di attribuire competenza al tribunale del luogo dove se ne trova la maggiore estensione. Ad evitare incertezze e controversie il nostro codice (capov. dell'art. 93) dispone che l'azione sia promossa davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la parte *soggetta a maggiore tributo diretto verso lo stato*, o davanti quella del luogo in cui è posta una parte qualunque ed il convenuto, od alcuno dei convenuti ha domicilio o residenza. Se non potesse concorrere l'ultima condizione accennata e si verificasse il caso strano di perfetta uguaglianza del tributo di tutte le parti, la facoltà di scelta spetterebbe all'attore.

170. L'ipoteca è definita dalla legge un *diritto reale* (art. 1964 cod. civ.) *sopra beni immobili;* l'obbligazione, anche ipotecaria, è classificata fra i *beni mobili* (art. 418 cod. cit.).

Questa distinzione ci dà il criterio più sicuro per risolvere i dubbi relativi alla competenza territoriale in tema di azioni ipotecarie. Quando si agisce pel conseguimento dello scopo in vista del quale l'ipoteca fu costituita ed iscritta, si esercita un'azione reale, si persegue l'immobile presso qualunque possessore; a buon diritto pertanto la competenza per il giudizio di spropriazione e per quello di purgazione è riconosciuta dalla legge (art. 662 e 727 cod. di proc.) nel *forum rei sitae.* Quando, per contrario, chieggasi la cancellazione di una ipoteca, perchè il credito è estinto o prescritto, o non sussiste, si esercita un'azione personale *ad rem* e devesi seguire la competenza del *forum domicilii* (1). Lo stesso noi reputiamo doversi dire dei casi nei quali è domandata in giudizio la nullità dell'iscrizione ipotecaria per vizi estrinseci od intrinseci, o la sua riduzione per uno dei titoli contemplati nell'art. 2026 del codice civile o per altri: in questi casi non si esercita un'azione reale, ma semplicemente un'azione personale; il diritto reale nascente dall'ipoteca è quello che *spetta al creditore,* mentre le azioni di cui parliamo sono esercitate *contro il creditore,* vale a dire propongono il giudizio sopra una pretesa di carattere personale. Nè diversamente opiniamo rispetto all'azione per supplemento di ipoteca, preveduta nell'art. 1980 codice civile, giacchè qui pure manca l'esercizio del diritto reale il quale può sorgere solo dopo iscritta l'ipoteca supplementare. Non siamo di parere che questa sia una soluzione in se medesima encomiabile, avendo già accennato alla opportunità che le

---

(1) Questo può essere però il luogo del *domicilio eletto* dal creditore nella iscrizione (art. 197, n. 2, codice civile), ed in simile ipotesi coinciderà col *forum rei sitae.* È in siffatta considerazione che l'art. 1999 del citato codice, parlando delle azioni alle quali le iscrizioni ipotecarie possono dar luogo *contro i creditori,* si limita a dire che sono promosse davanti *l'autorità giudiziaria competente.* Il codice civile francese (articolo 2159) e l'albertino (art. 2282) assegnarono al tribunale del luogo dove fu iscritta l'ipoteca, la competenza per le azioni di cancellazione e riduzione; ma ciò non significa punto che abbiano voluto qualificarle per azioni reali come da molti credesi, mentre la competenza del *forum rei sitae* è adottabile anche per azioni personali relative a beni immobili, quali sono appunto le ora mentovate.

Non omettiamo di avvertire che intorno alle controversie qui accennate la giurisprudenza manca di uniformità.

azioni personali relative a beni immobili fossero sempre di competenza del *forum rei sitae;* ma la crediamo la più esatta interpretazione della nostra legge. Essa non comprende però le controversie sulla cancellazione dell'iscrizione fra la parte interessata e il conservatore delle ipoteche; qui per necessità il tribunale (a cui allude l'art. 2039 del codice civile) è quello del luogo dove fu presa l'iscrizione; essendo convenuto il conservatore, il *forum domicilii* coincide con quello *rei sitae.*

A proposito del domicilio elettivo che può stabilire il foro competente in controversie sopra iscrizioni ipotecarie, stimiamo opportuno far notare che la elezione prescritta nell'art. 1987, n. 2, del codice civile, a differenza di quella contemplata nell'art. 140 del codice di procedura, non perde il suo effetto per la morte della persona o la cessazione dall'uffizio presso cui fu eletto il domicilio, ma continua a valere come fatta *nella località* dove abitava la persona defunta o risiedeva l'uffizio cessato, fino a che altra elezione non sia notificata, giacchè qui si tratta di un *obbligo* imposto al creditore, non di una facoltà al cui esercizio egli possa liberamente rinunziare per una accidentale mutazione di estrinseche circostanze.

171. Sebbene il codice civile non contempli alcun caso di cancellazione delle trascrizioni, tuttavia non è impossibile che sia proposta in giudizio una domanda diretta a tale scopo, o perchè una trascrizione dicasi irregolarmente eseguita, o perchè si impugni o si neghi il titolo della medesima. Quale sarà il giudice competente?

Il dubbio nasce, evidentemente, nella sola ipotesi in cui la domanda di cancellazione sia proposta in giudizio *come principale.* In questo caso ci sembra che l'azione introdotta sia personale *ad rem*, e non reale; invero, se anche il risultato ultimo cui mira l'attore è di sciogliere da un vincolo, che stima indebito, la sua proprietà, tuttavia oggetto proprio e immediato della domanda è la negazione del diritto del convenuto a imporne e a mantenerne la pubblica dichiarazione. La trascrizione per se stessa non crea nè modifica diritti reali, ma ne costituisce semplicemente un segno od una guarentigia. Contendere

intorno ad essa non è adunque contendere su di un diritto reale (1).

Il che a maggiore ragione diremo quando trattisi di controversia intorno a una di quelle trascrizioni che non sono nemmeno destinate a contrassegnare o garantire diritti reali (art. 1933 cod. civ.). Mentre poi, se la domanda di cancellazione è proposta come accessoria ad altra, di carattere reale ovvero personale, ne segue in ogni caso, naturalmente, la competenza.

172. Esposte le norme generali, passiamo all'esame di quelle che la legge detta con qualche carattere eccezionale.

Troviamo nella prima parte dell'art. 91 ammessa per taluni casi la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo dove fu *contratta*, o di quello dove deve essere *eseguita la obbligazione*, o di quello dove si *trova la cosa mobile oggetto dell'azione*. Il legislatore reputa che il convenuto ben possa avere in taluni casi maggiore od altrettanto agio a difendersi rispettivamente in codesti luoghi come al foro del suo domicilio, e rende *facoltativo* all'attore di prescegliерli per l'instaurazione del giudizio. Ma a una condizione: che nell'uno o nell'altro dei detti luoghi il convenuto sia *citato in persona propria*. Infatti la *presenza personale* del convenuto nel luogo della stipulazione, o della esecuzione, o dove esiste la cosa mobile, guarentisce che lo scopo costante delle discipline riguardanti la competenza territoriale sarà raggiunto appieno col chiamarlo a difendersi innanzi al giudice di uno di tali luoghi. Dimostra, in altre parole, che il rapporto della persona con quel luogo non fu casuale e transitorio, ma ha una certa misura di stabilità. Alla condizione ora menzionata non soggiace la validità della notificazione quando la competenza venne stabilita dalla elezione di domicilio fatta dal convenuto. Si disputa se la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo *dove fu contratta* l'obbligazione valga per le obbligazioni che non hanno origine da *convenzione*, giacchè molti sofisticano sul significato della frase « obbligazione contratta ». Noi crediamo

---

(1) *Contra*, con debole motivazione, nel senso che l'azione sia reale: cass. Torino, 23 luglio 1897 (*Giurispr. ital.*, 1897, I, 1, 801).

che sia da preferire l'interpretazione più larga, giacchè *si contrae una obbligazione* non solo stipulando, ma anche rendendosi responsabile di un delitto o quasi delitto. E la legge ha evidentemente voluto agevolare l'esercizio della azione a chi la promuove, pur tutelando l'interesse del convenuto con la condizione imposta che la citazione gli possa essere e gli sia notificata in persona propria nel luogo medesimo dove egli contrasse l'obbligazione.

Per gli affari commerciali, *oltre la regola esposta*, se ne ha nel capoverso dell'articolo una più larga, in parte diversa. L'azione personale e quella reale su beni mobili in queste materie possono proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo *in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce*, od in cui *deve eseguirsi l'obbligazione* sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria (1).

La necessità, vera o supposta (vera in antico, imaginaria in gran parte al presente), di rendere più facile l'esercizio delle azioni commerciali e la maggiore facilità che hanno i commercianti di viaggiare per lo stesso esercizio della loro professione, possono fornire ragione dell'ultima clau-

---

(1) In quanto al luogo di esecuzione della obbligazione, si opina in generale che se una parte di essa deve essere eseguita in un determinato luogo, ciò basta per rendere competenti i giudici di quel luogo sopra ogni controversia nascente dal contratto. — È poi indifferente che il luogo della esecuzione sia stato determinato *ab initio* dalla convenzione delle parti, in modo invariabile, o che, per la natura del contratto, possa essere soggetto a variazioni. In quest'ultimo caso avrà competenza, relativamente ad ogni singola controversia, il giudice del luogo in cui si eseguisce il contratto nel tempo in cui la lite sorge. La regola ha speciale importanza rispetto a certe locazioni d'opera, nelle quali il conduttore può chiedere al locatore di prestarla ora in un luogo ora in altro, a seconda della propria convenienza. Non è esatto dire che in tal caso manchi un foro *convenzionale* per la *esecuzione* del contratto. L'elemento convenzionale c'è sempre, ed è visibile a chi rifletta che il locatore dell'opera può non accettare la nuova destinazione datagli dal conduttore, rifiutandosi alla continuazione del contratto; e può anche legittimare la propria condotta adducendo motivi validi pel rifiuto. Inoltre, il diritto del conduttore dell'opera di variare il luogo in cui essa è prestata dipende sempre dal contratto, cioè da una preventiva adesione del locatore alle variazioni che saranno ordinate dal conduttore. La disputa si è presentata a proposito delle relazioni fra le grandi imprese di trasporti e i loro dipendenti. La giurisprudenza in materia non è del tutto concorde.

sola riferita. Dal complesso del testo risulta che nelle materie commerciali si può scegliere tra il foro dell'ordinario domicilio, quello della esecuzione e quello in cui fu fatta *la promessa e la consegna della merce*. Rispetto a questa ultima designazione, è chiaro che le parole della legge contengono l'ipotesi che nel medesimo luogo abbiano a farsi e la promessa e la consegna, senza di che manca il titolo della competenza. In altre parole, *la stipulazione del contratto* (promessa, od offerta, e successiva accettazione) non basterebbe per stabilire la competenza eccezionale a norma del capoverso in esame. Ma se non si congiunge alla *promessa* (o, indifferentemente, alla stipulazione del contratto) la consegna della merce nel medesimo luogo (non *patto* di consegnare, ma *consegna effettiva*), il foro del contratto potrà bensì essere competente anche in materia commerciale, ma alla condizione stabilita nella prima parte dell'art. 91, cioè *che il convenuto sia ivi citato in persona propria*. Così vuole la legge; essa può essere discussa e anche criticata; ma il suo senso è fatto chiaro da tutti i precedenti storici, sia cioè dalle disposizioni *identiche* a cui si uniformò, e sia ancora dalle contrarie che non volle seguire; fra queste ultime le disposizioni del codice parmense e d'altri che ammettevano la competenza, per le materie commerciali, del magistrato del luogo in cui era stata fatta la *promessa* o la *consegna* della merce. È superfluo dire, che quando e dove bastava la sola promessa o la sola consegna per stabilire la competenza, non poteva essere dubitabile che la perfezione del contratto ne fosse titolo anche maggiore, senza obbligo della citazione *in persona propria*.

173. La ricerca del foro contrattuale potrebbe essere fonte di molte dubbiezze quando il contratto fosse stato conchiuso *fra assenti*. Sono celebri le dispute dottrinali sulla determinazione del momento e quindi del luogo in cui esso si perfeziona. Oggi l'art. 36 del codice di commercio risolve la controversia in modo tassativo per le materie commerciali; e non sarebbe possibile rifiutare la applicazione analogica del medesimo anche alle materie civili giusta il capoverso dell'articolo 3 delle *Disposizioni preliminari al codice civile*.

174. È controverso se l'azione per nullità del matrimonio possa essere promossa innanzi al tribunale del luogo dove esso fu celebrato, come *foro del contratto*. Noi accettiamo la soluzione affermativa data dalla cassazione di Firenze (1) giacchè si tratta di *azione personale* e vi ha un *contratto*; quindi gli estremi richiesti dall'art. 91 primo alinea si riscontrano nel caso in esame. Se poi si aggiunga che a stabilire la competenza del magistrato di quel luogo occorre che il convenuto sia *ivi citato in persona propria*, cade il fantasma degli inconvenienti da qualcuno ravvisati nel trascinare la controversia lontano dal domicilio coniugale che sarebbe il foro di domicilio per essa ordinariamente competente. La presenza personale del convenuto nel luogo del celebrato matrimonio, la libera scelta di codesto foro fatta dall'attore, eliminano l'apparente importanza di questo obbietto.

175. Nessuna disposizione ha il codice nostro relativamente all'ipotesi che il convenuto non abbia nè domicilio, nè residenza, nè dimora conosciuti. Ed è ragionevole il silenzio. L'attore, seguendo le forme di citazione che più tardi studieremo, può iniziare l'azione innanzi il magistrato del luogo che a lui piaccia di scegliere (d'ordinario, per le azioni personali e per le reali mobiliari, sarà quello del suo proprio domicilio) ferma restando la competenza facoltativa per i casi contemplati dall'art. 91; se il convenuto compare e oppone la declinatoria del foro, manifestando il luogo dove ha domicilio, residenza o dimora, si giudicherà sulla medesima come di ragione. Se non compare, il giudizio procederà nel luogo dove fu intrapreso, non potendo essere sollevata di uffizio veruna eccezione, quand'anche per contratto o per altro titolo, risultasse designata una diversa competenza. È chiaro, senza bisogno di dirlo, che per le azioni da istituire al *forum rei sitae*, l'ignorare la residenza, il domicilio o la dimora del convenuto non ha importanza nè crea difficoltà nei riguardi della competenza.

176. Rispetto al caso in cui sia convenuta una delle amministrazioni dello Stato, vigono le regole ordinarie di

(1) Sentenza 11 ottobre 1881; *Giur. it.*, 1881, I, 1, 649.

competenza quando si tratta d'azioni reali su beni immobili e di quelle dell'articolo 82. Vale pure come criterio determinatore della competenza la elezione contrattuale di un domicilio. All'infuori di ciò, le azioni personali e quelle reali su beni mobili devono sempre proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi la obbligazione, od in cui si trova la cosa mobile oggetto dell'azione.

La personalità giuridica dello Stato è presente in tutto il territorio per mezzo delle molteplici sue rappresentanze; conveniva regolare di questa guisa la scelta dell'autorità giudiziaria da adire per ogni singola controversia, non potendo applicarsi la norma pura e semplice del *forum domicilii*. Ma ancora qui riesce chiaro che il luogo per lo esercizio dell'azione è quello dove si esercita o si dovrebbe esercitare il diritto.

Per le controversie relative alle imposte dirette o indirette, è determinata la competenza con un criterio più semplice, essendo essa attribuita al tribunale del luogo dove ha sede l'uffizio che ha riscosso o deve riscuotere l'imposta. Questa particolare disciplina è da seguire anche quando sia attrice la pubblica amministrazione; poichè il luogo in cui è pagabile l'imposta è quello dove essa esercita il diritto suo e il cittadino adempie la propria obbligazione.

Le mentovate disposizioni sono contenute nell'art. 92.

177. L'eredità, considerata come *nomen juris*, come fittizio proseguimento della personalità giuridica del defunto, ha una specie di domicilio proprio, nel luogo della *aperta successione* (art. 923 codice civile). Qualunque sia il numero degli eredi, perdura in codesto luogo, per qualche tempo, il centro dell'amministrazione e liquidazione di tutti gli affari e rapporti occasionati dalla successione. Per tale motivo la legge di procedura ha potuto considerare che alcuni diritti connessi alla successione o dalla medesima dipendenti abbiano la sede del loro esercizio nel luogo dell'aperta successione; e quindi per le azioni relative ha resa competente l'autorità giudiziaria che ivi risiede. È ragionevole però riflettere che simile centro degli affari ereditari ha una stabilità limitata; giacchè compiuta la liquidazione, o almeno

semplificati gli affari dall'eredità derivanti, ne cessa di fatto e di diritto la ragione. Ecco perchè l'art. 94 ha soltanto stabilito la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione, per le azioni in petizione o divisione d'eredità fra coeredi, fino *al tempo in cui la divisione sia effettuata;* e l'ha similmente limitata *ad un biennio dalla divisione*, per le azioni in rescissione della medesima, o in garanzia delle quote assegnate; ha voluto che essa valga per le azioni contro l'esecutore testamentario quando siano proposte *prima della divisione*, ovvero *entro un biennio dalla aperta successione*, se di divisione non vi fu bisogno; infine le ha assegnato questi due termini stessi, nella detta alternativa, per le azioni dei creditori e legatari dell'eredità che non esercitano diritto reale sopra un immobile. Poichè qualora si trattasse di azioni reali immobiliari la regola da osservare è sempre quella del *forum rei sitae.*

Nel caso di successione aperta fuori dello stato manca la sede ereditaria preindicata; vi provvede il capoverso dello stesso articolo, disponendo che le azioni suddette si propongano davanti l'autorità giudiziaria del luogo dove è posta la maggior parte dei beni immobili o mobili da dividersi, data preferenza, come dinota l'ordine delle indicazioni, a quella del luogo dove si trovano gli immobili, poichè ivi è più probabilmente la sede principale degli affari ereditari. Se poi non sia possibile uniformarsi a questa, si torna ad osservare la regola ordinaria del *forum domicilii* del convenuto.

È ammesso che la disposizione ora menzionata riguardi non soltanto le successioni di cittadini italiani aperte all'estero, ma eziandio quelle di stranieri morti fuori d'Italia e che abbiano qui beni patrimoniali. S'intende che la norma di procedura così stabilita non toglie, rispetto alle successioni degli stranieri, che si debba applicare l'art. 8 delle *Disposizioni preliminari al codice civile.*

178. Un'altra regola speciale di competenza è quella dell'art. 97, per cui l'azione per rendimento di conti di una tutela o di un'amministrazione si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu conferita od esercitata. A noi sembra più completo e razionale il sistema accolto dal codice di procedura francese

(art. 527), nel quale è prescritto che gli amministratori deputati dall'autorità giudiziaria sono soggetti pel rendimento di conto alla competenza del magistrato delegante, che i tutori sono soggetti a quella del luogo ove la tutela fu conferita, che finalmente per gli altri amministratori si segue il *forum domicilii*. Il nostro codice, coll'aver confusa ogni specie di amministrazione e data in ogni caso uguale e alternativa competenza al foro del conferimento ed a quello dell'esercizio, non ha in sostanza obbedito a verun determinato criterio di ragione.

179. Per le società, la competenza territoriale è regolata da speciali disposizioni, tanto nei rapporti coi terzi, come in quelli fra i soci.

Il capoverso ultimo dell'articolo 90 dispone che l'azione personale e l'azione reale su beni mobili contro una società, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è *la sede dell'amministrazione* o si trova *uno degli stabilimenti sociali, con un rappresentante della società.*

Questa regola riguarda ogni sorta di società, civile o commerciale, legalmente costituita o esistente solo di fatto. Essa rende possibile che una società, la quale abbia parecchi stabilimenti, sia citata per un affare stipulato in una delle sue sedi avanti il magistrato di un luogo assai lontano, dove essa abbia altra sede. A togliere il pericolo di abusi più facili e più temibili in danno delle società commerciali, che a preferenza delle civili sogliono moltiplicare le loro sedi, e nello stesso tempo per mantenere la legittima possibilità che una azienda sociale la quale abbia parecchie sedi, filiali, o rappresentanze, debba rispondere nei luoghi rispettivi delle obbligazioni da ciascuna incontrate, l'articolo 872 del codice di commercio modificò l'ultimo capoverso dell'art. 90 del codice di procedura, col disporre che le azioni personali e le azioni reali sopra beni mobili derivanti da atti intrapresi per conto di una società nazionale od estera, dal suo istitore o rappresentante, fuori della sede sociale, possono proporsi *dai terzi* dinanzi l'autorità giudiziaria del luogo ove si esercita il commercio, o risiede l'istitore (società nazionale) od il rappresentante (società estera od anche nazionale).

Le azioni *fra soci*, fin che esiste la società, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è il principale stabilimento sociale. Quivi essendo il centro di azione della società, è pure il centro delle relazioni fra i soci e dell'esercizio dei diritti di ciascheduno. Quando la società debba sciogliersi o sia sciolta, le azioni fra soci, anche dopo la liquidazione, per la divisione e per le obbligazioni che da essa derivano, continuano ad essere di competenza della medesima autorità sino al termine di un biennio dopo la divisione (art. 96). Del che si ha ragione, per analogia, da quanto fu detto al n. 177.

Sono da ritenere azioni fra soci non solo quelle fra individuo e individuo, ma anche quelle fra un socio e la società, promosse da quello o da questa. E intendesi di leggieri che si deve trattare di azioni relative al vincolo sociale e non altrimenti.

La disposizione dell'art. 96 è applicabile soltanto alle società che hanno in Italia i loro diversi stabilimenti, principale e filiale. Una società di commercio che abbia, o pretenda di avere, all'estero la sua sede principale non potrebbe invocare l'applicazione dell'art. 96 per sottrarre ai nostri tribunali le azioni *fra soci* spiegate in Italia, dove essa abbia una propria sede. Imperocchè l'articolo citato regola la competenza dei giudici nazionali esclusivamente; e la società estera che ha una sede in Italia deve essere parificata allo straniero residente nel regno (vedasi *infra*, numero 203).

180. La dichiarazione di fallimento influisce sulla competenza del giudizio, in conformità alla disposizione dello art. 685 del codice di commercio che avoca al tribunale da cui emanò quella dichiarazione *tutte le azioni che derivano dalla procedura del fallimento*. Il testo soggiunge: « se per la loro natura non appartengono alla giurisdizione civile »; ma questa riserva perdette ogni significato con l'abolizione dei tribunali di commercio.

Non è certamente più l'antica regola dell'*assorbimento*, per cui tutte le azioni pro o contro il fallimento si concentravano al tribunale investito di questa procedura. Rimangono fra i commentatori non lievi dissensi intorno

ai giusti limiti della interpretazione; nondimeno, lasciando da parte le controversie per le quali il tribunale del fallimento è competente in forza di espresse disposizioni di legge (che sono molte e varie) e lasciando pure da parte le specifiche eccezioni dalla legge medesima stabilite, il significato dell'articolo è, secondo noi, che il tribunale del fallimento acquisti competenza esclusiva (non solo per il titolo del territorio ma anche per quello del valore) a conoscere delle azioni le quali *hanno causa* dalla procedura del fallimento, cioè sono promosse dal curatore per la tutela degli interessi cui egli è delegato; comprendendovi non solo quelle che abbiano per causa *necessaria* la detta procedura, ma anche quelle che abbiano causa *occasionale* da essa; vale a dire, che nascano *dopo* la dichiarazione del fallimento e siano coordinate ai fini della procedura, senza distinguere se per l'indole e l'oggetto avrebbero potuto essere istituite anche in uno stato di cose normale, indipendentemente dal fallimento, dallo stesso debitore o da qualche suo creditore. Chi segue un criterio esegetico più ristretto, dovrebbe confessare che l'articolo 685, nella parte qui esaminata, non abbia nessun senso od effetto pratico speciale; ma questa conclusione, incompatibile con la serietà della legge, serve soltanto a dimostrare l'errore degli interpreti.

181. Di altre due regole di competenza territoriale, che sono date dal codice di commercio, dobbiamo fare menzione.

La prima (capov. dell'art. 872) riguarda le azioni derivanti dal contratto di trasporto, le quali possono proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui risiede un rappresentante del vettore, o, se si tratti di strade ferrate, dinanzi a quella del luogo dove trovasi la stazione di partenza o d'arrivo. Ben s'intende che non è tolta la facoltà di seguire il *forum domicilii* del vettore o dell'amministrazione centrale ferroviaria.

La seconda (art. 873) è per le azioni di risarcimento derivanti da urto di navi, che possono essere promosse davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'avvenimento, o del primo approdo, o di destinazione. Quando si tratti di danni non

superiori a lire 400 cagionati dall'urto delle navi nell'ancorarsi od ormeggiarsi, o nella esecuzione di qualsiasi altra manovra nell'interno dei porti, delle darsene, o dei fossi, sono competenti a conoscerne i capitani di porto nel circondario dove è posto il capoluogo di un compartimento, e nel rispettivo circondario gli ufficiali di porto (art. 14, lettera *a*, del codice per la marina mercantile, promulgato con r. d. 24 ottobre 1877).

182. Non incontrandosi nel codice veruna dichiarazione circa la competenza territoriale per le azioni che tutelano diritti strettamente personali (stato civile, capacità, ecc.) è da ritenere per le medesime la esclusiva competenza del foro personale nel convenuto. Per quanto taluno parifichi od assomigli i diritti accennati a quelli *reali*, considerando che non corrispondono a rigore di termini ad una altrui obbligazione personale, pure la impossibilità di stabilire a loro riguardo un foro reale ci persuade (oltre la considerazione esposta al n. 16) a tenere per sicura la regola di competenza suespressa.

CAPO VI.

Litispendenza, connessione o continenza di lite.

183. L'argomento che ora dobbiamo esporre costituisce sempre per i proceduristi una grave difficoltà. Si può dire, in omaggio al vero, che alla dottrina italiana appartenga il merito di averlo largamente studiato, tanto nel passato che ai giorni nostri. Non ostante, sarebbe azzardato affermare che la legislazione vigente soddisfi appieno al bisogno di discipline nitide ed esaurienti. Difetto che nei codici anteriori e negli stranieri è però anche più sensibile che nel nostro. L'indole di questo lavoro non ci permette di entrare in discussioni troppo minute sui particolari; ma cercheremo, in compenso, di recare la maggior lucidità possibile nell'esposizione dei principii e delle interpretazioni.

Fra gli elementi costitutivi del giudizio civile (v. n. 30) quelli che servono a differenziare una lite da un'altra sono,

in via fondamentale, i due primi: le *persone* e la *domanda*. Questa poi può distinguersi in due parti essenziali, il *titolo* e l'*oggetto*. A chiarire subito tale distinzione servano alcuni esempi: se due persone sono obbligate insieme a pagare per quote un medesimo debito, e il creditore le cita entrambe pel pagamento, si vedrà nelle domande proposte un solo *titolo*, due però essendone gli *oggetti*, poichè ciascun convenuto deve adempiere una parte distinta della comune obbligazione. Se col debitore principale si è obbligato un fideiussore, la domanda di pagamento proposta contro di entrambi dipende da *titoli* diversi, col carattere rispettivo di obbligazioni principali distinte, ma l'*oggetto* è uno perchè si tratta della medesima prestazione. Se due o più persone sono obbligate in via solidale ad un pagamento, uno è il *titolo* ed uno l'*oggetto* della domanda che sia rivolta contro tutti per l'integrale adempimento dell'obbligazione.

Indi risulta come la simultanea *identità* dei tre elementi menzionati, persone, titolo, oggetto della domanda, renda identiche fra loro due controversie; mentre la identità in due liti di uno o di due degli elementi medesimi potrà stabilire fra di esse un vincolo di rassomiglianza o di affinità, vario a norma dei casi, mai quello d'identità.

184. Occupiamoci in prima dell'ipotesi di *identità*. Non può certo essere tollerato da una civile e ben ordinata legislazione, che una medesima lite si instauri più di una volta e sia più di una volta decisa. Lo stato deve prestare la garanzia giurisdizionale a chi ha diritto di invocarla; ma quando l'abbia una volta prestata il suo obbligo è soddisfatto e il diritto di azione, in identità di condizioni e circostanze, non è più operativo. L'eccezione della *res judicata* serve alla difesa di siffatta regola, quando la riproduzione della controversia si verifichi dopo che una sentenza divenuta irrevocabile l'abbia per la prima volta decisa (art. 1351 cod. civ.). È infatti estremo caratteristico ed essenziale della regiudicata la identità dei tre elementi nel precedente numero indicati. Quando la riproduzione della controversia abbia luogo innanzi al medesimo o ad altro giudice, prima che siasi formata la regiudicata sopra la domanda identica antecedentemente proposta, manca il

sussidio della *exceptio rei judicatae*, ma la legge fornisce invece quello della *eccezione di litispendenza*. Questa eccezione, opponendo la preesistenza e pendenza attuale *della medesima lite*, ottiene l'effetto che sulla seconda domanda non possa procedersi ad alcuno esame, e che debbano le parti essere rimesse alla sola decisione che renderà il magistrato sovra quella che è anteriore in ordine di tempo. La *prevenzione* (la anteriorità cronologica della domanda) si determina dalla data della citazione che è l'atto introduttivo del giudizio; criterio semplice e sicuro in un tempo (1). La nuova azione identica alla precedente può essere istituita innanzi al medesimo giudice o ad uno diverso. In ambedue i casi va rispettata del pari la prevenzione (articolo 104). Ma se nella seconda ipotesi la prevenzione costituisce veramente il motivo per una *dichiarazione d'incompetenza*, nella prima è manifesto che siffatta pronunzia sarebbe eccessiva e inesatta, non avendo senso una dichiarazione d'incompetenza di quel medesimo giudice che deve, sopra altra citazione, decidere la medesima lite. In questi casi basta un provvedimento *ordinatorio*, consistente nella *unione dei processi*, per deciderli con unica sentenza, come se unica fosse stata la citazione. Al che sono destinate forme semplici ed economiche, giusta gli art. 31 e 34 del r. d. 31 agosto 1901 sul procedimento sommario.

Non si verifica la litispendenza, e quindi non è proponibile la relativa eccezione se non a patto che entrambe le liti *siano pendenti*, cioè che oltre la citazione vi sia in entrambe la costituzione delle parti, o di una delle parti in giudizio. Una citazione notificata ma non seguìta dalla comparizione in giudizio di veruno dei litiganti non darebbe fondamento legittimo a quella eccezione perchè su di essa non vi sarebbe una *lite pendente* (2).

---

(1) Qualora le due citazioni abbiano la medesima data, è da opinare che la prevenzione si determini prendendo norma della scadenza del termine per comparire, cioè dall'udienza rispettivamente assegnata, come fu deciso dalla corte di cassaz. di Torino con sentenza 15 maggio 1894 (*Monitore dei tribunali*, 1897, 622), sempre che, naturalmente, vi sia stata comparizione effettiva, come è detto più innanzi nel testo.

(2) In senso analogo, interpretando l'art. 927: cass. Roma, 7 aprile 1903; *Giur. ital.*, 1903, I, 1, 439.

185. Può accadere che al tempo in cui la seconda domanda si propone al giudice di prima istanza, la precedente sia già in uno stadio di istruzione avanzata, od abbia superato ben anco il primo grado di giurisdizione, e forse si trovi sottoposta ad un rimedio straordinario (cassazione, rivocazione). Nessuna di queste circostanze scema od elimina l'anormalità del duplice giudizio. Si è veduto (n. 108) che il legislatore stimava di dovere permettere l'uso della eccezione di litispendenza *in qualunque stato e grado della causa* (art. 188), il che nel suo linguaggio vuol dire: anche *in giudizio di cassazione per la prima volta.* Benchè questa interpretazione sia respinta da alcuni commentatori, crediamo che non ne sia lecita altra, se anche il testo sembri censurabile per l'ambiguità della sua redazione (1).

Ma il giudice non può rilevare d'ufficio l'eccezione di litispendenza, come non vi è autorizzato per quella di regiudicata. La parte interessata è libera di rinunziare agli effetti della sentenza già pronunziata, come di abbandonare il giudizio in precedenza sostenuto, per accettare gli effetti della seconda decisione o del secondo giudizio. La nostra legge si è uniformata al concetto tradizionale che qui sia questione di semplici interessi privati e il giudice, non provocato da istanze formali, non debba ingerirsene. Però, dal punto di vista dottrinale, la massima è tutt'altro che inoppugnabile, poichè la eccezione difende, come testè accennavamo, il diritto che spetta al potere sovrano di ricusarsi a prestare la garanzia giurisdizionale dopo di avere adempiuto già a quest'obbligo politico-sociale verso il privato. Ond'è che con sagace intuito di modernità la recente legislazione processuale austriaca ammise che le eccezioni di regiudicata e di litispendenza possano essere elevate anche d'ufficio.

186. Dove la identità o comunanza sia fra due od uno degli elementi di liti diverse, non si corre il pericolo che ne derivino sentenze materialmente inconciliabili. Se due

(1) Tuttavia si deve considerare che il più delle volte sarà improponibile davanti la corte di cassazione per la prima volta, poichè d'ordinario l'accertamento della identità fra due liti esige una apposita ricerca *di fatto* che in quella sede non può essere istituita.

debitori solidali sono citati in giudizi distinti, l'assoluzione dell'uno e la condanna dell'altro, pronunziate colle due sentenze, non si elidono a vicenda; anzi possono ben coesistere. Pur tuttavia la repugnanza logica fra i due giudizi è evidente. L'uno o l'altro (poichè qui supponiamo che non sianvi state eccezioni *personali* a favore di un condebitore) rappresenta una ingiustizia. E dicasi di più, che le parti possono averne danni non lievi, come nell'esempio additato è facilissimo avvertire. Indi l'idea e la ragione di una nuova regola di competenza, fondata sovra la *connessione delle liti*, che consiste nel conferire al giudice, competente per una domanda, la potestà di conoscere e sentenziare anche su quelle che hanno comuni con la medesima taluni degli elementi costitutivi, sebbene non soggette alla di lui competenza per ragione di territorio, di valore o di materia.

I nomi di *continenza* e *connessione* si trovano usati promiscuamente e congiuntamente nel codice. Accennando essi nella nostra lingua a due nozioni diverse, sebbene analoghe, conveniva adattarli rispettivamente a quelle figure processuali a cui ciascuno è appropriato, il che avrebbe fatto guadagnare alla legge un po' di maggiore precisione; per altro è secolare l'uso promiscuo dei due vocaboli.

187. Esamineremo i casi di identità parziale degli elementi di due liti, nei varii aspetti che possono presentare. E dapprima, supponendo costante una *diversità nelle persone*, vediamo le tre forme in cui può incontrarsi la comunanza degli altri due elementi o di uno almeno.

Identità di titolo e d'oggetto: più condebitori in solido. *Identità di titolo ma non di oggetto:* più condebitori di quote divise. *Identità di oggetto ma non di titolo:* un debitore ed un fideiussore (naturalmente, *solidale*).

In ciascuno degli accennati casi, come in ogni altro congenere, i singoli obbligati dovrebbero essere citati al proprio foro personale, quando non vi fosse per eccezione un foro comune contrattuale. Indi la possibilità di tante liti e tante decisioni a cui nulla impedirebbe di riuscire discordi, attesa la indipendenza del giudizio di ciascun magistrato. Riunite invece per virtù della legge di connessione, queste azioni sono dal codice assoggettate alla com-

petenza di un solo magistrato: *quello del luogo del domicilio o della residenza di alcuna delle persone obbligate* (art. 98). La scelta è libera all'attore: se fosse stata attribuita prevalente competenza al giudice del luogo ove ha residenza o domicilio *il maggiore interessato,* si sarebbe dischiusa la sorgente di molte difficoltà preliminari, che fu opportuno prevenire.

188. Il citato art. 98 presuppone ma non prescrive che si faccia *un solo giudizio* contro le persone obbligate per titoli connessi o per uno stesso oggetto. La competenza per connessione autorizza a citare davanti al giudice già adìto per la condanna di un debitore, anche in *giudizio separato*, il condebitore che avrebbe altro foro personale. È chiaro che lo stesso giudice meno facilmente si contraddirà di quel che potrebbero due giudici diversi. Tuttavia, essendo più e meglio assicurata la rimozione dell'inconveniente, quando *una sola sentenza si pronunci,* le due cause che fossero state proposte separatamente dovranno, quando sia possibile, essere *unite* in una medesima decisione. Diciamo *quando sia possibile*, perchè il trovarsi l'una in istato d'istruttoria già compiuta o molto inoltrata, mentre l'altra sia ancora al principio, costituirebbe un ragionevole ostacolo. L'*unione* delle cause è adunque un opportuno completamento processuale all'istituto della *connessione*, quando le azioni connesse non fossero state cumulate in unica istanza.

189. I casi esaminati, ai quali è caratteristica comune la *diversità delle persone,* rappresentano il tipo principale della *connessione;* la *identità delle persone interessate* è, invece, in generale, il segno distintivo della *continenza di lite*, quando alle due istanze sia pure comune qualche elemento *obbiettivo.* In altri termini: una lite si dirà semplicemente *connessa* con altra quando, malgrado la comunanza di fattori obbiettivi, esse sono, dal punto di vista degli elementi subbiettivi, (parti litiganti), indipendenti fra loro; — si dirà che una lite è *contenuta* in un'altra, quando, aggiungendosi all'identità di qualche fattore obbiettivo anche quella degli elementi subbiettivi, ne emerge la esistenza di un vincolo molto più stretto fra le due, poichè la prima (lite *contenente*) fornisce il titolo, o la occasione

procedurale, alla seconda (lite *contenuta*). La maggiore intimità di rapporto che in questa ipotesi si verifica dà motivo ad un più rilevante effetto in ordine alla competenza. Le norme speciali della competenza per connessione o continenza di lite non sono altro, in sostanza, se non che derogazioni od eccezioni alle norme ordinarie. Ora tali derogazioni riflettono semplicemente la competenza per territorio, che è norma d'interesse privato, nei casi di *connessione;* invece si estendono anche a modificare l'applicazione delle regole comuni della competenza assoluta (per materia o valore) nei casi di *continenza*, od almeno nel maggior numero di essi.

L'art. 98, che si occupa dell'ipotesi di mera *connessione*, stabilisce appunto un'eccezione alle regole della competenza per territorio. Vedremo or ora le eccezioni più ampie stabilite pei casi di continenza di lite.

190. Il codice nostro non ammette che la connessione per identità di titolo o di oggetto dia luogo a norma speciale di competenza per territorio se non quando vi sia diversità *nelle persone dei convenuti*. Veramente se più creditori vogliono agire contro un comune debitore lo citeranno d'ordinario nel medesimo luogo. Ma non è impossibile che un creditore istituisca l'azione al foro del domicilio, l'altro al foro della stipulazione, il terzo a quello della esecuzione. Non sarebbe stato inopportuno evitare anche siffatto inconveniente, il quale è tanto più facile a verificarsi quando avvenga che i concreditori abbiano azione contro più condebitori.

191. Il primo caso di continenza di lite che dobbiamo esaminare è contemplato nell'articolo 100: esso è quello della chiamata in garantìa. Se il convenuto vuol chiamare in causa un garante che lo rilevi o lo risarcisca della molestia giudiziaria, la causa principale e quella in garantìa hanno comuni elementi obbiettivi e subbiettivi. Nella garantìa reale, che è la forma più importante dell'istituto, potendo il garante assumere direttamente la lite contro l'attore principale, le due liti finiscono per unificarsi in senso assoluto. Ma il vero fondamento della continenza è nella *identità del titolo;* poichè se non fosse, in tutto od in parte, identico

il titolo della obbligazione del convenuto verso l'attore e del garante verso il convenuto, mancherebbe perfino il concetto della chiamata in garantìa. Però è facile intendere come non siavi *necessità assoluta* ma solamente *opportunità* di far giudicare sulle due domande *con una sola sentenza;* laonde la competenza del giudice dell'azione principale sopra quella in garantìa perdura anche nell'ipotesi che debbano essere istruite separatamente. Di più è inutile dire, per essere questa materia destinata a maggiore sviluppo nel secondo libro.

192. La sola competenza territoriale può ricevere derogazione dalla continenza di lite in questo caso. Qualora la domanda del convenuto contro il garante fosse soggetta per materia o valore a giurisdizione diversa da quella del giudizio principale, si dovrebbe seguire per essa la competenza che le è propria. Tale è la disposizione precisa dell'articolo 100. Bisogna però considerare che la possibilità di competenze diverse non si verifica mai nel caso di garantìa reale. Conviene pure soggiungere che, in virtù della continenza di lite, determinata dalla chiamata in garantìa, si deroga anche alla competenza degli arbitri, che fosse stata stabilita contrattualmente mediante una clausola compromissoria fra il garantito ed il garante. Questa infatti non è competenza d'ordine pubblico, ma di utilità privata, nè può dirsi determinata dal valore o dalla materia ma bensì dall'interesse personale e dalla volontà dei compromittenti. La giurisprudenza è discorde su questo punto che a noi pare intuitivo (1).

Del rispetto alla competenza per grado è superfluo parlare, perchè la chiamata in garantìa non è permessa che in prima istanza.

Dopo la abolizione dei tribunali di commercio non è corretto negare la connessione della domanda in garantìa, soggetta, nei rapporti fra garante e garantito, alle discipline della legge commerciale, con la domanda principale, che, nei rapporti fra attore e convenuto, sia soggetta alle norme

---

(1) *Conforme*, cass. Torino, 17 dicembre 1895, *Giurispr. ital.*, 1896, I, 1, 116; *contra*, cass. Roma, 12 giugno 1900, *ivi*, 1900, I, 1, 687.

della legge civile. La diversità di alcuni termini e mezzi di istruzione non basta per poter sostenere che il magistrato eserciti sulle due istanze differenti giurisdizioni, così da rendere impossibile la continenza dell'una nell'altra. Ci riportiamo per maggiori chiarimenti alle considerazioni generali già svolte (n. 153 e seg.).

193. L'art. 100, oltre che della chiamata in garantìa, si occupa pure di altri due casi di continenza di lite: cioè, della *compensazione* e della *domanda riconvenzionale*. Tutti tre questi casi non possono essere ricondotti sotto lo schema comune dello istituto della riconvenzione, perchè la chiamata in garantìa manca del carattere storico che si suole considerare essenziale alla riconvenzione, non essendovi in essa la *mutua petitio* del convenuto contro l'attore, ma invece una nuova *petitio* contro un terzo originariamente estraneo alla *conventio* dell'attore. È però certo che il diritto giudiziario moderno ha ampliato il concetto generale della *riconvenzione*, benchè abbia poi ristretto, come or ora diremo, la funzione processuale della *azione riconvenzionale*. Laonde male si giudica l'istituto, nel suo odierno aspetto, col solo sussidio del criterio storico.

194. La *domanda* od *azione riconvenzionale* è quella istanza che il convenuto propone contro l'attore, in occasione del giudizio da costui promosso, per ottenere la condanna del medesimo ad una prestazione che il convenuto intende d'esigere a titolo di contropretesa. Originariamente, nel diritto romano, soltanto per tutelare meglio la difesa del convenuto gli fu aperta la via a spiegare simili contropretese (v. n. 24); e certamente la più concreta forma di riconvenzione consistette nella compensazione. Più tardi l'istituto subì grandi alterazioni, nel diritto canonico e nel diritto comune. Le lotte fra le varie giurisdizioni contendentisi il primato a scopo politico, allargarono di tanto il concetto della riconvenzione da far ritenere proponibile, con pochissime restrizioni, ogni sorta di pretesa del convenuto contro l'attore nella forma di una istanza riconvenzionale. Per comprendere bene, però, come e quanto le condizioni degli ordinamenti giurisdizionali abbiano determinato le varie vicende di questo istituto, le quali non

furono dirette dallo svolgimento razionale e costante di un pensiero scientifico, sarà opportuno rammentare che nei luoghi dove le gare di giurisdizione più presto cessarono e furono organizzati gli uffizi venali ed ereditari della magistratura (in Francia), la riconvenzione fu veduta di mal occhio, e messa al bando dalla procedura civile, come quella che favorendo l'economia dei giudizi era contraria all'interesse personale dei magistrati. Nel diritto moderno, le cause perturbatrici il razionale funzionamento dell'istituto vennero meno; e in pari tempo sparirono gli antichi rigori del formalismo giudiziario romano. Perciò, da un lato la riconvenzione potè essere applicata ad integrare i mezzi di difesa del convenuto: da un altro lato potè eziandio essere ammessa al di là del ristretto confine della semplice difesa, per favorire l'economia dei giudizi e la loro più rapida e razionale decisione. Non solo, pertanto, abbiamo le *eccezioni riconvenzionali*, largamente ammesse dal nostro codice, siccome dimostrammo altrove; — ma abbiamo eziandio le *azioni riconvenzionali;* cioè sono ammissibili nel giudizio le contropretese del convenuto, non informate esclusivamente a scopo defensionale. Queste sono proponibili alla rigorosa condizione che l'esame loro nel giudizio iniziato dall'attore presenti ragionevolezza ed opportunità, così da eliminare *a priori* il dubbio che siano state introdotte con proposito di tergiversazione o di indebita dilazione del giudizio stesso. Per stabilire un criterio estrinseco di proponibilità sopra dati generali e sicuri, il legislatore volle che fra la domanda riconvenzionale e quella principale si presentasse intuitivo un vincolo di connessità non solo subbiettiva ma anche obbiettiva; tale, cioè, da determinare la continenza della prima nella seconda. A questo savio concetto si ispira la disposizione dell'art. 100, al terzo comma, che stabilisce la competenza del giudice dell'azione principale anche sopra « *l'azione in riconvenzione dipendente dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, o dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione* » (1).

(1) Analogo sistema ha adottato il legislatore tedesco; e vi si accostò pure l'austriaco (codice di proc. civile dell'impero germanico riformato nel 1898, §§ 302, 322, 506, ecc.; norma di giurisdizione austriaca del 1895, § 96).

195. Meditando su questa formola, chiaro apparisce come l'azione in riconvenzione, secondo il codice nostro, non costituisca un mezzo di difesa, ma un contro-attacco della parte convenuta, connesso il più delle volte alla di lei difesa, ma pur da questa caratteristicamente distinto. Due, invero, sono le fonti dell'azione in riconvenzione: 1ª il titolo dedotto in giudizio dall'attore; 2ª il titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione. Dalla prima fonte, cioè dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, il convenuto può ricavare sempre qualunque sorta di eccezione utile alla propria difesa: ma non si potrà dire compresa in questo scopo la proposizione di una domanda riconvenzionale, se sotto il nome di *difesa* noi intendiamo in genere, ma soltanto, i mezzi che servono a far respingere la pretesa dello attore. Prendiamo ad esame un esempio tipico della domanda riconvenzionale proveniente dal titolo dell'attore: è la domanda del compratore, il quale, convenuto pel pagamento, riconviene il venditore-attore per la consegna della cosa. Il convenuto, per difendersi, cioè per far respingere la domanda dell'attore, potrà forse desumere dal di lui titolo, cioè dal contratto di vendita, un'eccezione dilatoria, fondata sull'inadempimento della consegna, qualora i patti stipulati gliene porgano opportunità. Che se, per le clausole del contratto, la mora del venditore non valesse a scusare quella del compratore, nemmeno sarà il caso di parlare di una simile eccezione dilatoria. Ma sia nell'una che nell'altra ipotesi, il convenuto può fondare sul fatto della domanda proposta dall'attore la propria azione in riconvenzione; nel primo caso accompagnandola con l'eccezione dilatoria, nel secondo senza tale compagnia. In entrambe le ipotesi, adunque, devesi escludere che l'azione in riconvenzione serva *a difesa* del convenuto; essa serve semplicemente a tutelare un suo diritto, cioè a far valere una sua contropretesa che avrebbe potuto anche essere dedotta in giudizio separato. Questo non può mai verificarsi per una *difesa,* la quale non si concepisce, nè avrebbe efficacia pratica se non dedotta nel giudizio in cui la domanda principale fu proposta. — Dalla seconda fonte, dal titolo *che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione,* non è

ammissibile che la legge supponga che il convenuto ricavi ancora una semplice difesa, cioè di nuovo *un mezzo di eccezione*, mediante l'azione riconvenzionale; il concetto sarebbe privo di senso e si avvolgerebbe in una strana contraddizione. Facciamo un esempio: Tizio, pretendendosi erede legittimo di Caio, cita Sempronio per la restituzione o il rilascio di certi beni ereditari. Sempronio, producendo un testamento del *de cuius* che conferisce a lui solo la qualità di erede, fonda su questo titolo la propria difesa, cioè la domanda di assoluzione dalla pretesa dell'attore. Ma, oltre a ciò, esponendo che l'attore, indebitamente, detiene alcuni altri beni della successione, lo riconviene per la consegna di questi. Si può forse considerare tale riconvenzione come un mezzo di difesa? No certamente: l'azione in riconvenzione, anche in questo caso, ben potrebbe, senza pregiudizio della difesa attuale del convenuto, formare il tema di una istanza separata, di un processo distinto; dunque, non trae ragione dal bisogno della difesa.

Intesa così la natura della azione in riconvenzione, il vincolo che la riunisce all'azione principale non può essere qualificato per uno scopo diretto di difesa, ma consiste nella continenza, solidamente stabilita dal duplice legame obbiettivo (titolo) e subbiettivo (persone), che rende utile ed opportuno l'esame della contropretesa insieme a quello della pretesa, ed elimina il sospetto che la contropretesa sia stata elevata per deviare l'attenzione ed estendere inopportunamente la competenza del giudice della controversia principale, e protrarre con tali artifizi la decisione di questa, sia pure che a simile proposito si congiunga l'effettivo intento della tutela giudiziaria di un proprio diritto; poichè codesto intento viene raggiunto con l'esercizio dell'azione nei modi ordinari, nè da solo esso rende plausibile l'unione di due istanze obbiettivamente separate ed indipendenti.

196. Il duplice legame accennato fu di tanta importanza agli occhi del legislatore da averlo indotto nel giusto avviso che il rispetto alle norme comuni della competenza *per valore* non debba avere forza sufficiente per disciogliorlo. Dispone bensì l'art. 100, nella prima parte, che la domanda in riconvenzione, connessa per ragione di titolo alla prin-

cipale, si propone innanzi al giudice investito di questa, salvo *il caso d'incompetenza per materia o valore.* Ma la incompetenza *per valore* non ha virtù di far decidere in giudizi separati le due domande, essendovi un mezzo molto semplice per conservare il vantaggio della loro unione, senza infrangere la norma giurisdizionale determinata dal valore. Tale incompetenza produce invece l'effetto di trasferire tanto l'azione principale come quella in riconvenzione, sempre fra loro congiunte, dinanzi al giudice che è competente a conoscere della seconda. Ciò fu sancito in modo preciso e tassativo con la disposizione dell'art. 101. Pertanto, se la causa principale fu introdotta innanzi al pretore e quella in riconvenzione appartiene alla competenza del tribunale, dovrà a questo essere rimesso il giudizio cumulativo sopra entrambe. La causa di valore minore rimane assorbita nella sfera di competenza determinata da quella di valore maggiore; il che costituisce un'applicazione specialissima della regola dell'art. 99 che spiegheremo fra breve (num. 198), in quanto si consideri l'azione di minor valore come divenuta accessoria a quella di valore superiore.

Non dichiara il codice quale norma debbasi seguire se avvenga che l'azione in riconvenzione, per essere di valore *inferiore* alla principale, spetti in ragione di esso alla competenza di un giudice diverso da quello adìto dall'attore. Ma, ponendo attenzione alla regola dell'art. 101, e interpretandola coi criteri or ora accennati, non si può mettere in dubbio che il giudice dell'azione principale pronunzierà anche sopra quella in riconvenzione. Il che è ammesso senza contrasti in dottrina e nella giurisprudenza.

Il magistrato al quale devono essere rinviate la domanda principale e la riconvenzionale, nell'ipotesi dell'art. 101, è quello *del luogo dove l'attore intraprese il giudizio;* quivi oramai è stabilita la competenza per tacito accordo delle parti, al fine di far decidere, insieme con l'azione principale, ogni questione alla medesima connessa.

La domanda riconvenzionale potrebbe essere soggetta, per ragione di *materia,* alla competenza di altra autorità giudiziaria. L'art. 101 considera anche questa ipotesi e vi applica la stessa norma stabilita per la competenza per

valore. Però la legge deroga in un caso importante dalla osservanza della regola di assorbimento; accenniamo al caso in cui l'azione petitoria fosse apposta in via riconvenzionale contro la possessoria, essendo vietato il cumulo dei due giudizi e perfino il loro contemporaneo svolgimento in sedi separate dalla disposizione dell'art. 445 che sarà a luogo opportuno esaminata.

Ma a torto oggi si parlerebbe d' incompetenza *per materia* in rapporto ad una azione in riconvenzione che dovesse essere decisa in base alle leggi commerciali mentre l'azione principale fosse soggetta alle norme delle leggi civili, o viceversa. La giurisdizione sulle materie civili e commerciali è raccolta nei medesimi magistrati, come abbiamo dimostrato parlando dell'effetto dell'abolizione dei tribunali di commercio. Aggiungiamo una considerazione non priva d'importanza. Dato il duplice vincolo di connessità che la legge richiede fra l'azione principale e la riconvenzionale, e data la disposizione dell'art. 54 del codice di commercio, è ben difficile che in pratica si presenti la utilità concreta di una discussione sopra questo punto. Se la domanda riconvenzionale si fonda sul titolo dedotto in giudizio dall'attore, la legge commerciale dovrà necessariamente applicarsi ad entrambe le azioni. Se poi si fonda sul titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione, bisognerebbe dimostrare che sia vietato opporre eccezioni di indole commerciale ad una domanda di carattere civile, o viceversa, per potere arrivare logicamente alla conclusione che noi combattiamo; e codesta preliminare dimostrazione è davvero impossibile.

L'incompetenza per ragione di materia potrebbe verificarsi rispetto a una domanda riconvenzionale devoluta alla competenza di un organo di giurisdizione speciale. In questa ipotesi l'azione in riconvenzione è improponibile, giacchè tutto l'istituto della connessione e continenza di causa concerne solo le relazioni fra l'attività dei diversi organi di giurisdizione ordinaria, e non vi può essere motivo di connessione (salvo il caso di una espressa disposizione di legge) che deroghi alla separazione fra gli attributi della giurisdizione ordinaria e delle singole giurisdizioni speciali.

197. La *compensazione*, considerata nel rigoroso significato del suo nome, è una mera eccezione riconvenzionale; e forse poteva esserne omessa la singolare menzione nell'articolo 100, n. 2, giacchè, in sostanza, qui il legislatore non si occupa della compensazione se non quando cessa di essere strettamente tale per mutarsi in una azione riconvenzionale. Il che avviene: 1° se il credito opposto in compensazione, essendo superiore alla somma che l'attore ha domandato, il convenuto pretenda il pagamento del di più; 2° se il credito del convenuto non sia o non si riconosca liquido ed esigibile, ma sia invece *contestato;* talchè non si possa invocare la compensazione *legale* dell'art. 1287 codice civile, ma quella che ha nome di *giudiziale*, perchè deve essere preceduta da un giudizio del magistrato sul credito da cui si vuol desumerla.

Le norme dettate sono quasi la ripetizione di quelle che il codice accoglie per riguardo alla domanda riconvenzionale. Fra l'art. 102, che s'occupa del valore della somma opposta in compensazione, e l'art. 101 già accennato, vi è questa sola differenza, che dopo avere stabilito che il magistrato il quale riconosce sopraggiunta la sua incompenza, pel maggior valore della compensazione, deve rimettere il giudizio sulla intiera controversia a quello che ha giurisdizione a ciò, la legge soggiunge che in un caso potrà invece separarsi la domanda principale da quella per compensazione, per effettuare il rinvio della seconda, trattenendo il giudizio sulla prima presso il conciliatore od il pretore adìto. Ciò è permesso nella ipotesi che non sia contestato il credito che è oggetto della domanda principale e lo sia invece quello opposto dal convenuto. La certezza dell'uno, l'incertezza dell'altro, parvero circostanze abbastanza gravi per persuadere che il diritto dell'attore non debba patire ritardo al suo riconoscimento a causa di una pretesa forse infondata del convenuto. Ma all'uopo occorre una *effettiva certezza*. A tale scopo il capoverso dell'art. 102 esige che il credito dello attore sia fondato sulle prove più squisite, quali sono un atto pubblico, o giudiziale, una scrittura privata riconosciuta, la confessione giudiziale del debitore; però non pare abbastanza perfetto questo criterio, non derivando da esso come

conseguenza logica la incertezza del credito opposto in compensazione, nè la impossibilità di valide eccezioni contro la pretesa dell'attore. Anche il grado d'incertezza del credito opposto dal convenuto non dev'essere minimo affatto; e perciò della opportunità di separare le due decisioni è lasciata arbitra la prudenza del magistrato.

Il legislatore non aveva bisogno di dire che il giudice investito di una causa è competente a conoscere delle *eccezioni* di compensazione le quali sarebbero di valore *inferiore* alla competenza sua se proposte in via d'azione. Poichè ciò è già stabilito dai principii generali del diritto giudiziario civile, che consentono al convenuto di difendersi *parzialmente* contro la domanda dell'attore.

È quasi superfluo accennare che un credito commerciale può essere opposto in compensazione ad uno civile, e viceversa, in conformità ai principii che svolgemmo più sopra a questo proposito. Ma non può essere opposto in compensazione un credito sulla cui esistenza, liquidità, o misura, occorra il giudizio di una giurisdizione speciale, come, ad esempio, di un credito derivante da gestione di danaro pubblico non ancora approvata dalla corte dei conti o dal consiglio di prefettura.

Non isfugga allo studioso che le domande in riconvenzione e quelle per compensazione derivano il loro carattere e la loro connessione al giudizio principale del fatto di essere proposte *in quel medesimo giudizio*. Altrimenti non sono più nè riconvenzioni nè compensazioni, ma istanze ordinarie, pure e semplici. La competenza per connessione di causa impera adunque sulle medesime solo quando vi abbia la unità del contraddittorio.

198. Ancora un motivo di continenza è designato dal legislatore nel fatto che una domanda sia *accessoria* ad altra. Non sono definite dalla legge le azioni accessorie. L'art. 99 si limita a dichiarare: « L'azione accessoria è proposta davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale ». Che vi sia continenza non è permesso dubitare: concorre la identità delle persone con quella del titolo, non potendosi concepire altra specie di azioni *accessorie* se non quelle che *fra le medesime persone* sono una conse-

guenza od emanazione secondaria dello stesso titolo da cui scaturisce la azione principale. Tal continenza dà plausibilissimo motivo di assoggettarle alle speciali regole di competenza che ora esaminiamo. Il giudice che conosce di una turbativa di possesso è il meglio indicato per conoscere dei danni da essa derivati, quantunque per l'azione possessoria la legge destini il *forum rei sitae* e per quella personale di danni sarebbe a seguire il *forum domicilii* del convenuto; e così via.

Ma se ciò non ha bisogno di illustrazioni, due gravi problemi sono lasciati insoluti dal soverchio laconismo del codice.

In primo luogo: l'azione accessoria apparterrà alla competenza stabilita nell'art. 99 anche se risultino così violate le regole della competenza assoluta?

Alcuni commentatori rispondono affermativamente senza restrizione alcuna. Quindi ammettono che il pretore (a cagion d'esempio) nel decidere su una domanda di reintegrazione, di manutenzione in possesso, ecc., possa pronunziare insieme la condanna del soccombente al risarcimento dei danni *per qualunque somma*. Sono assai gravi e concludenti le ragioni che s'adducono e noi non intendiamo combattere questo insegnamento a cui presta un certo suffragio la sconfinata ampiezza delle espressioni della legge, non meno che il raffronto di alcune disposizioni particolari che in essa s'incontrano (p. e. quella del capoverso dell'articolo 938). Ma se pure la conclusione è da adottare, non è meno doveroso segnalare la lacuna, o meglio l'oscurità del testo.

In secondo luogo: esaurito il giudizio sull'azione principale, sopravvive la competenza del magistrato per quella accessoria, che si proponesse più tardi?

Non crediamo che in tesi generale lo si debba ammettere. L'azione è *accessoria* se procede, o più precisamente, se nasce congiunta in giudizio colla principale, sia perchè iniziata *simultaneamente* con essa, sia perchè proposta *in pendenza* dell'azione principale. Se questa fu già decisa avanti la proposizione dell'altra, cessa il carattere dell'accessorietà; la nuova domanda dà vita ad un giudizio

autonomo, che ha vicende sue proprie, elementi di discussione particolari, che riveste insomma tutti i requisiti di una azione principale, non alterati per nulla dalla circostanza che essa debba ricercare il proprio titolo od elemento giustificativo nella decisione già data da un giudice *su altra controversia.*

199. È certo però che questa soluzione non va accolta nel caso contemplato e regolato dall'articolo 103, in cui è prescritto che le azioni per pagamento di spese giudiziali, di onorari ai procuratori (degli *avvocati* non si fa parola), ai periti, di diritti ai cancellieri, agli uscieri, di salari o mercedi ai tipografi, e simili, sono di competenza dell'autorità giudiziaria avanti la quale fu promossa la causa che dà occasione a siffatte domande, salvo, pel caso di giudizio di cassazione, il disposto dell'art. 571. In questo testo ben è facile ravvisare come siano derogate tutte le ordinarie regole della competenza per materia, per valore e per grado, che il legislatore sacrificò alla considerazione della migliore attitudine del giudice che ha decisa la lite principale ad apprezzare le domande accennate. Forse era più equo lasciare agli attori (a vantaggio dei quali la regola è dettata) la *facoltà* di seguire questa competenza, invece di renderla per loro *obbligatoria.*

200. Una considerazione sfuggita spesso ai commentatori del codice completa questi cenni. Quando un tribunale o una corte siano divisi in più sezioni, le regole sulla connessione o continenza di lite e sulla litispendenza funzionano come norme costitutive di competenza distinta per ciascuna sezione in confronto alle altre. Non così per la competenza territoriale generale, che è promiscua, per così dire, a tutte le sezioni di una medesima corte o di un medesimo tribunale, dipendendo dalle disposizioni disciplinari impartite dal presidente l'assegnazione di una causa a questa sezione piuttosto che a quella. Ma le regole di cui ora ci siamo occupati hanno per iscopo di assicurare alle liti ch'esse governano uno di questi due effetti: *unità di giudice* e possibilmente *unità di giudizio.* Poichè ciascuna sezione, nell'esercizio della podestà giurisdizionale, funziona quale organo autonomo perfettamente distinto e indipen-

dente da ogni altra sezione, ne deriva che gli effetti accennati non si raggiungerebbero mai, qualora si pensasse che, p. es., due cause connesse potessero ottenere la garanzia dell'*unità di giudice* venendo sottoposte all'esame di due sezioni diverse, per quanto appartenenti alla medesima sede giudiziaria. È chiaro che tanto varrebbe sottoporle a due tribunali di sedi diverse. Vi è perciò, dal punto di vista della connessione, della continenza e della litispendenza, un vero e proprio riparto della competenza fra le sezioni, come vi è fra i tribunali e le corti.

L'art. 31 delle disposizioni sul procedimento sommario approvate col r. decreto 31 agosto 1901, che ha sostituito l'art. 229 del regolamento generale giudiziario, provvede a garantire questa competenza delle sezioni, in quanto dispone che la istanza di unione di cause, per identità di domanda o per connessione, è proposta col procedimento incidentale dinanzi al presidente, il quale, se le cause siano assegnate a sezioni diverse del medesimo tribunale, provvede per il trasferimento di esse sul ruolo di una stessa sezione, seguendo l'ordine della prevenzione stabilita dalla data della citazione. Quest'ultima parte della disposizione sta in armonia coll'art. 104 del codice, mentre l'anteriore disposizione del regolamento generale giudiziario fondava la prevenzione fra le sezioni sulla precedenza dell'iscrizione a ruolo, con evidente, per quanto arbitrario, abbandono della precisa norma legislativa.

201. Quando le regole della competenza per connessione o continenza di lite siano violate col proporre una causa avanti un giudice diverso da quello investito di quella a cui è connessa, le parti interessate hanno il diritto di opporre la eccezione d'incompetenza di codesto giudice e di chiedere che egli rimetta il giudizio all'altro che possiede la competenza in virtù della connessione (art. 104). Nella gara fra le due competenze, la *prevenzione* è determinata dalla citazione, come si disse al n. 184; meno però nel caso che si tratti di congiungere l'azione accessoria alla principale, poichè allora il criterio della *data* d'iniziamento del giudizio non può servire. La dichiarazione dello art. 188 circa il tempo e il modo in cui proporre l'eccezione

d'incompetenza riguarda anche questo caso. Laonde dovremo ripetere, come al n. 185, che il giudice non può rilevare la eccezione d'ufficio, ma le parti possono proporla *in qualunque stato e grado di causa*. Qui per gli interpreti si fa ancora più difficile accettare la disposizione nel suo letterale tenore, e con ogni vigore vorrebbero dimostrare che non possa la detta eccezione venire elevata per la prima volta in sede di cassazione. Effettivamente il legislatore ha esagerato, rendendo possibile ciò, mentre *neppure la eccezione di regiudicata* può essere dedotta in cassazione per la prima volta. Noi possiamo censurarlo; ma non possiamo mettere in forse il senso della sua volontà, una volta che le parole usate nell'articolo 188 sono *perfettamente uguali* a quelli che si leggono nell'art. 187 a proposito della incompetenza assoluta. Soltanto noteremo anche qui, che sebbene astrattamente non possa essere negata la proponibilità della eccezione nel giudizio di cassazione, tuttavia in pratica sarà ben difficile poterla proporre, esigendo per lo più l'esame di essa una indagine di fatto che la corte suprema non può compiere.

Oltre gli effetti della eccezione d'incompetenza, il legislatore ha fornita per questa materia una garanzia d'altra forma, nell'istanza per regolamento di competenza di cui ci occupiamo nel capo ottavo.

CAPO VII.

Competenza delle autorità giudiziarie italiane sopra gli stranieri.

202. Essendo la giurisdizione una funzione di sovranità, è logico che si debba considerare di regola dispensato lo straniero dall'obbedienza alla giurisdizione dello stato cui egli non appartiene; a meno che volontariamente vi si sottoponga col richiederne egli stesso l'ufficio, rendendosi attore in giudizio, ovvero che esistano particolari motivi i quali giustifichino l'obbligo suo di subirne l'autorità come convenuto. Fu, pertanto, frutto d'idee repugnanti al moderno

senso di civiltà la prevalenza del principio che contro lo straniero potesse sempre ottenersi giudizio dal magistrato nazionale, secondo le leggi del paese, a tutela del diritto o meglio ad esclusivo tornaconto del cittadino che con lui avesse avuto, in qualunque luogo e per qualsivoglia cagione, rapporti giuridici. Giusta e grave censura meritò il codice Napoleone per aver stabilita questa regola (art. 14), quali che siano stati gli intendimenti di chi la dettava (1).

---

(1) Analogamente il codice di procedura francese (articoli 166 e 167) accolse una regola antica, che il progresso del diritto delle genti ha poi riprovata, prescrivendo che lo straniero il quale si renda attore ed intervenga in un giudizio civile debba fornire cauzione per le spese e i danni a cui potesse essere condannato *(cautio iudicatum solvi)*. Il legislatore italiano, con civile iniziativa, abbandonò del tutto questo sistema; ed il governo nostro ottenne, per virtù di trattative diplomatiche, da molti stati esteri, disposizioni pareggiatrici il trattamento degli italiani coi cittadini di quegli stati dinanzi le rispettive autorità giudiziarie. Il sistema del codice francese fu imitato anche in questa parte da altre fra le legislazioni che lo presero a modello. Sono visibili però, nelle legislazioni più recenti, i segni di decadimento dell'istituto della *cautio iudicatum solvi*. Il codice dell'impero germanico la esclude quando lo straniero appartiene a uno stato che non assoggetta i cittadini tedeschi alla cauzione; la esclude pure in altri casi. Il legislatore spagnuolo la conservò solo come una specie di rappresaglia verso i sudditi di quegli stati che la impongono agli spagnuoli. La legge di procedura civile austriaca ha disposizioni simili a quelle del codice germanico.

Un progresso più deciso e segnalato fu compiuto in questo argomento mediante la convenzione internazionale sottoscritta all'Aja il 15 novembre 1896, promulgata in Italia con r. d. 14 maggio 1899 e completata dal protocollo di adesione 1° febbraio - 9 novembre - 18 e 19 dicembre 1897, con la quale fu tra altro, mercè la disposizione dell'articolo 11, interamente abolita la cauzione *iudicatum solvi* e ogni altro vincolo consimile di qualsiasi nome e specie, nei rapporti fra gli stati contraenti, che sono: l'Italia, la Francia, la Germania, l'Austria-Ungheria, la Russia, la Spagna, il Belgio, l'Olanda, il Portogallo, la Svizzera, la Svezia e Norvegia, il Lussemburgo, la Danimarca e la Rumenia.

Rammentiamo a titolo d'onore che quella convenzione internazionale stabilì negli altri stati, a favore degli stranieri, una ben piccola parte di quei larghi concetti intorno alla tutela giuridica e giurisdizionale che la legislazione italiana accoglieva già da circa quarant'anni con impulso di incondizionato liberalismo, forse intempestivo di fronte alla difficoltà (che l'esperienza verificò) di ottenere seguito immediato dalle altre nazioni civili; difficoltà agevolmente spiegata dalla considerazione che lo sviluppo del diritto internazionale privato, o civile, non è meno soggetto alla legge del reciproco interesse dei popoli, di quel che lo siano i progressi del diritto internazionale pubblico; poichè, in via generale, il diritto non è altro che la disciplina di reciproche utilità, sia fra uomini o fra nazioni.

Il codice civile italiano, ispirandosi al principio astratto della *comunione di diritto* fra le nazioni civili, ha riconosciuto che le leggi straniere hanno una sfera di efficienza la quale dev'essere rispettata dal giudice nazionale, ed anzi con una speciale larghezza di sistema, che si può dire precorritrice dei tempi, essendo stata finora più apprezzata dagli studiosi che imitata dai legislatori, impose obbligo della loro applicazione da parte dei nostri stessi tribunali in più casi (articoli 6 a 9 delle disposizioni preliminari al codice civile). In coerenza doveva essere reso omaggio all'altro principio scientifico che non riconosce operante la giurisdizione dell'autorità giudiziaria di uno stato se non nei confini del territorio di questo. Laonde lo straniero non è lecitamente convenuto davanti ai tribunali nazionali se non a titolo eccezionale, vale a dire quando le circostanze e condizioni obbiettive o subbiettive dell'azione dimostrino che ciò sia consentito dal principio della *territorialità* della giurisdizione. Il che ritiensi avvenire, quando: 1° lo straniero siasi volontariamente assoggettato alla giurisdizione del magistrato italiano (ragione giuridica); 2° il fatto o l'oggetto che dà luogo alla controversia sia sottoposto alla medesima (ragione politica); 3° sia necessario autorizzarne l'esercizio a tutela dei nazionali, per ragioni d'ordine misto (politico-giuridico).

Al codice di procedura spettava di specificare codesti casi, ossia le regole intorno all'obbligo degli stranieri di subire la *giurisdizione* del magistrato italiano; di più esso doveva stabilire quale giudice sia *competente* per ragione di territorio, nel caso che lo straniero non abbia domicilio o residenza nello stato. Le due materie, sotto l'unica e consueta designazione di *competenza,* sono trattate negli articoli 105, 106 e 107.

Dello straniero si parla qui solamente come *convenuto.* L'art. 3 del codice civile avendo parificati gli stranieri ai cittadini nell'esercizio dei diritti civili, possono essi d'ordinario rendersi attori innanzi le nostre autorità giudiziarie, sia contro cittadini che contro stranieri. Al diritto internazionale privato appartiene la determinazione dei limiti che deve ricevere eccezionalmente codesta facoltà.

203. Primo e prevalente ad ogni altro criterio, per stabilire la competenza dei magistrati nazionali contro uno straniero, è la *volontà* da costui manifestata di assoggettarsi alla loro giurisdizione. Sarebbe violare l'art. 3 del codice civile ricusare in questo caso i responsi della giustizia sulla proposta controversia. L'accettazione dello straniero convenuto può manifestarsi in modo espresso o tacito, quando egli comparisce e si difende *in un qualunque giudizio*. Può risultare anche preventivamente da speciale convenzione, ovvero dalla elezione di domicilio. Ed in veruna di queste ipotesi è necessaria la *presenza personale* dello straniero sul territorio italiano, per dar titolo alla giurisdizione dei nostri tribunali. Può inoltre essere la conseguenza logica di un fatto dello straniero, non compatibile con l'intendimento di sottrarsi alla giustizia nazionale: e questo è la residenza stabilita nello stato (art. 106, n. 1). Importa poco, in questo caso, che lo straniero abbia o non abbia *voluto* accettare la giurisdizione nazionale; la legittimità di essa è conseguenza che la legge deduce dal fatto che egli ha posto in essere. Il fatto della *residenza* comprende anche l'ipotesi del *domicilio*, che si acquista appunto mediante la residenza (art. 8 cod. civ.), quantunque il *domicilio* produca in questa materia altri effetti più ampi, come accenneremo (n. 207). Quando lo straniero abbia residenza nello stato, è sempre soggetto ai tribunali italiani, anche se nel momento in cui s'inizia la lite egli si trovi all'estero, per tutte le azioni concernenti *obbligazioni*, contratte in Italia od anche all'estero. Non occorreva parlare di azioni relative *a beni* che siano in Italia, provvedendo per queste l'art. 105, come diremo appresso. Per la competenza territoriale si seguirà il suo foro personale (art. 107).

È permesso eziandio di convenire avanti i nostri tribunali, per le suddette materie, lo straniero che si trovi in Italia e possa esservi citato *in persona propria* se anche non abbia tra noi residenza (art. 106, n. 2). La *volontà* che è attestata dal fatto della *dimora*, non è certo quella di assoggettarsi spontaneamente alle autorità territoriali, ma qui prevale il criterio misto (giuridico-politico) di agevolare ai cittadini nelle loro relazioni cogli stranieri efficacia e

sollecitudine di difesa. In questo caso il giudizio si instaura davanti al giudice del luogo della dimora, salvo che esista una designazione convenzionale o legale di altra competenza.

204. Fuori dalle ipotesi preaccennate, nelle quali la ragione per cui la giustizia italiana si esercita sopra lo straniero è, rispetto a lui, affatto *subbiettiva* (e perciò appunto la legge non contempla nell'art. 106 che le obbligazioni dal medesimo contratte), trovansi additate nell'art. 105 altre tre ipotesi fondate sopra ragioni del tutto *obbiettive*. Esse sono:

1° il trattarsi di azioni su beni mobili o immobili esistenti in Italia;

2° l'essere qui stata contratta o il doversi qui eseguire la obbligazione;

3° la reciprocanza internazionale.

Le brevi osservazioni che seguono esaminano codesti casi esclusivamente dal punto di vista della procedura civile.

Non si dubita dell'esattezza del principio che ogni cosa, mobile od immobile, situata nel territorio nazionale è sottoposta alla giurisdizione dei nostri magistrati, salvo di applicare la legge nazionale o la straniera, quanto al diritto sostanziale, secondo le distinzioni fissate nell'art. 7 delle *Disposizioni preliminari al codice civile*. Quando la cosa è nello stato, la sentenza relativa alla medesima è destinata ad avere quivi esecuzione; questo è il principale fondamento della giurisdizione; ammettiamo però che una sottile indagine possa metter capo inoltre a riconoscere anche in questo caso la volontaria accettazione dell'autorità dei nostri tribunali, nel fatto di chi ha consentito a relazioni giuridiche sopra cose esistenti nello stato.

Notiamo attentamente il linguaggio della legge: essa parla di *azioni su beni immobili* o *beni mobili*. Non distingue tra le azioni *reali* e le azioni *personali (ad rem)*. La distinzione, in altri luoghi del codice, si trova fatta con cura e precisione (art. 70, 79, 93; v. n. 123, 143 e 168); se il legislatore avesse voluto *escludere* le azioni che *senza essere reali* hanno per oggetto un immobile od una cosa mobile (personali *ad rem*), invece della espressione surriferita avrebbe certamente anche qui usata l'altra più breve e chiara: *azioni reali*. Il linguaggio del testo ci indica adunque senza equi-

voci non essere necessario che le azioni *sui beni immobili* o *mobili* siano azioni *reali*, perchè si verifichi la competenza del magistrato italiano.

205. Il n. 2 dell'articolo 105 dà per ulteriori e distinte ragioni della competenza giurisdizionale italiana l'essere in Italia avvenuto il contratto od il fatto che dà origine alla obbligazione, ovvero l'essere la medesima qui eseguibile. Non trattandosi di stabilire un titolo di semplice *competenza territoriale*, come nell'art. 91, ma un titolo di *giurisdizione*, deve farsi indagine più severa circa l'attitudine all'uopo delle cause ora menzionate. Nulla evvi da obbiettare, per quel che concerne le obbligazioni *eseguibili* nello stato. Il diritto si dovrebbe esercitare qui ed è logico che qui si eserciti l'azione; la volontà dei contraenti, quando determinarono il luogo della esecuzione, ha senza dubbio posto suggello all'accettazione della competenza giudiziaria. Ma non è lo stesso quanto *al luogo della stipulazione*. Se una obbligazione si è contratta nello stato fra un italiano ed uno straniero anche non residente, o fra due stranieri entrambi residenti in Italia, o dei quali almeno uno vi risieda, il titolo della giurisdizione riesce facilmente dimostrato, nella tacita accettazione di essa che desumesi dalla scelta del luogo del contratto. Ma suppongasi che due stranieri non residenti, durante una momentanea dimora in Italia, abbiano qui fra loro stipulato un contratto che dovrà essere eseguito nella patria d'uno di essi od altrove. Vi è davvero un sufficiente titolo in simile fatto per conferire giurisdizione ai nostri tribunali? Ne dubitiamo fortemente: e qualora ritengasi tale giurisdizione stabilita dal n. 2 dell'art. 105 non potremmo a meno di esprimere una opinione contraria al concetto cui si informa quella parte del testo in esame.

Poichè l'art. 105, n. 2, contempla le obbligazioni derivate *da contratti o fatti*, è agevole comprendere che esso si applica ad ogni sorta di obbligazioni, anche se abbiano causa in quasi-contratti, delitti o quasi-delitti.

206. Per quanto il diritto basato sulla reciprocità sia considerato in generale un avanzo di barbarie, esso costituisce ancora, nei rapporti internazionali, una necessità, e spesso procura un mezzo di legittima difesa. Per queste

ragioni lo vediamo mantenuto universalmente. Il senso del num. 3 dell'art. 105 è da intendersi così: ogni volta che i tribunali di uno stato, in conformità alle sue leggi o consuetudini, estendono la propria giurisdizione a favore dei nazionali rispettivi e a carico dei nostri cittadini al di là della sfera in cui ai tribunali nostri è attribuita dal codice a favore degli italiani ed a carico degli stranieri in generale, possono in via d'eccezione essere adottati i medesimi limiti anche per la giurisdizione dei tribunali nostri contro i cittadini di quello stato. Le applicazioni ricadono nella analisi dei casi particolari.

207. Risulta da quanto precede che la competenza contro gli stranieri è stabilita dalla legge (salvo, come diremo, il caso di reciprocità) per azioni relative a *beni* e ad *obbligazioni*. Grandemente si disputa se tale competenza si estenda pure alle azioni di stato e di capacità personale. Chi invoca l'art. 6 delle disposizioni preliminari al codice civile, per affermare quasi senza limiti tale competenza, è in errore; quel testo prescrive di applicare la legge nazionale dello straniero, se si tratti di decidere questioni di capacità o di stato; include adunque l'affermazione generica della competenza, ma non dà nessun criterio per tracciarne i confini. Chi la nega recisamente, è pure in errore; sia perchè l'art. 6 predetto smentisce questa tesi, sia perchè si suol partire dal principio (da nessuno impugnato) dell'applicazione dello statuto personale, per farlo degenerare nell'applicazione di una giurisdizione personale, che è cosa ben diversa. Però non potendosi ricavare dagli art. 105 e 106 una norma misuratrice di competenza in questa materia, nè potendosi escludere ogni caso di competenza, conviene prendere a guida i criteri della logica, e ritenere che la competenza nelle predette questioni è legittimamente esercitata dal magistrato nazionale *in quattro casi:*

1° quando sia fondata sul titolo *della reciprocità*, perchè il n. 3 dell'art. 105 ha la formola generica « *in tutti gli altri casi* », la quale non distingue categorie o specie di azioni;

2° quando il convenuto, comparso, accetti, *in fatto*, liberamente, la competenza del tribunale italiano; non essen-

dovi veruna ragione di ordine pubblico che obblighi, *in questo caso,* — non così in quello *di contumacia,* — il giudice italiano a dichiarare d'uffizio la propria incompetenza;

3° quando il convenuto straniero abbia *domicilio* in Italia; perchè il *domicilio* (non espressamente contemplato negli art. 105, 106) induce presunzione di dimora perpetua ed è quindi più valevole della *residenza* a collegare l'individuo all'orbita di attività dei poteri sovrani del nostro paese; ed è nel suo interesse stesso che lo si esonera dalla giurisdizione di magistrati da cui egli fa ritenere di voler essere perpetuamente lontano, non solo di esserlo attualmente *(dimora)* o per temporanea abitualità *(residenza);*

4° quando la questione di capacità o di stato sorga incidentalmente in un giudizio pendente per altro oggetto di competenza del tribunale italiano (sia lo straniero attore o convenuto). In questa ipotesi la cognizione e la decisione sono ristrette ai fini della questione *incidentale.*

Ecco dunque un campo abbastanza largo in cui la disposizione dell'art. 6 delle disposizioni preliminari al codice civile può spiegare influenza, senza conflitto con altri testi di legge o principii di diritto.

208. Il foro competente per territorio, quando si citano stranieri non residenti e neppure dimoranti nel regno, può essere quello del *domicilio dell'attore,* salvo che siavi un luogo stabilito per l'*esecuzione del contratto,* o che lo straniero abbia eletto domicilio speciale in un comune italiano; nei quali due casi ultimi la legge considera costituito una specie di foro personale del convenuto a cui è attribuita quindi preferenza (art. 107). Si eccettuano pure in ogni caso le azioni *reali* su beni *immobili,* per le quali è competente sempre il *forum rei sitae:* di esse non parla l'articolo 107; è chiaro in conseguenza che vi si applica la regola dell'art. 93. E per le azioni relative a beni mobili è analogamente applicabile la regola dell'art. 91 primo alinea, come regola di competenza facoltativa, quando il convenuto possa essere citato in persona propria nel luogo dove si trova la cosa oggetto dell'azione.

Naturalmente, la regola del domicilio dell'attore non potrebbe essere osservata quando si trattasse di lite fra

stranieri, e l'attore non avesse residenza nè dimora in Italia. In tale ipotesi, il *forum rei sitae* può servire per determinare la competenza, anche rispetto alle azioni reali mobiliari, qualora manchi il foro del domicilio elettivo e quello pure della esecuzione dell'obbligazione.

CAPO VIII.

Regolamento di competenza. - Conflitti di giurisdizione e conflitti d'attribuzioni.

SEZIONE I. — *Regolamento di competenza e conflitti di giurisdizione.*

209. Una lite stessa può essere contemporaneamente proposta innanzi il medesimo giudice due volte, ovvero innanzi due autorità giudiziarie distinte. Due cause connesse possono essere separatamente iniziate davanti a un solo giudice o a due magistrati diversi.

Quando sia stato adìto un solo magistrato e si tratti della medesima causa, non vi può essere difficoltà; contro la seconda domanda il convenuto opporrà l'eccezione di litispendenza; e, per semplificare la contesa, potranno le parti chiedere inoltre che sopra le due domande, previa la loro unione, venga proferita una sola sentenza; anzi il giudice potrà ordinare l'unione anche d'uffizio. In tal modo il pericolo di una oziosa e dannosa duplicità di decisioni è completamente scongiurato.

Quando si tratti di cause *connesse* pure pendenti innanzi al medesimo giudice, egli ne ordinerà del pari l'unione, o di uffizio, o sovra istanza delle parti, per deciderle con una sola sentenza, dove ciò si presenti giovevole e fattibile. Se vi ha qualche dubbio d'indole pratica circa il meccanismo processuale della unione di due liti, non v'è nulla di incerto od oscuro nei principii scientifici e nei criteri fondamentali direttivi.

210. Meno semplice è la situazione quando la stessa lite o le liti connesse siano proposte davanti a magistrati

diversi. L'art. 104, in corrispondenza coll'art. 188, mette largamente a disposizione del convenuto l'eccezione d'incompetenza, per valersene rispetto alla lite più tardi iniziata. Ma anzitutto bisogna stabilire per quale delle due liti stia la *prevenzione;* e questa indagine, apparentemente semplicissima, può in pratica complicarsi. Poi occorre di giudicare se fra le due liti siavi realmente l'*identità* o la *connessità* su cui l'eccepita incompetenza dovrebbe fondarsi: altra miniera di dispute e di possibili tergiversazioni. Arroge che talvolta il magistrato, riconoscendo gli estremi della propria normale competenza, può essere indotto a disconoscere il titolo eccezionale della incompetenza, vuoi da inesatto apprezzamento delle circostanze, vuoi da una cotale, anche inconscia, gelosia della propria autorità; laonde, innanzi a un dubbio che sorga nella sua mente, sarà più presto tratto a ritenere che a declinare la cognizione della lite. Tutto sommato, parve al legislatore che l'uso della eccezione accordata dall'art. 104, potesse meritare il rinforzo di un altro rimedio più pronto e decisivo. Quella eccezione infatti per essere giudicata definitivamente ha mestieri che in prima la esamini e decida il magistrato di prima istanza; è poi aperto l'adito alle appellazioni, non meno che agli ulteriori rimedi, il che esige tempo e dispendio. Il *regolamento di competenza* (ch'è appunto l'altro rimedio adottato dal legislatore) deferisce invece all'autorità superiore, *omisso medio,* la deliberazione sulla competenza, e supera per tal modo i notati inconvenienti.

Le parti non sono obbligate a seguire questa via più spiccia. Se le circostanze della lite le persuadono di trovarsi meglio garantite dal sistema ordinario di discussione, o anche (come può talvolta essere) lo ritengono più pronto ed economico, sono liberissime di valersene. A ogni modo, il legislatore ebbe cura di lasciare per lungo tratto la possibilità di ricorrere all'istanza per regolamento di competenza a chi si penta di non averla prima preferita.

211. L'istanza per regolamento di competenza investe tutte due le liti uguali o connesse. Entrambe sono sottoposte al magistrato superiore, affinchè egli perscruti tutte le questioni necessarie a risolvere, cioè quelle sulla preven-

zione, sulla identità, sulla connessità, e decida quale dei giudici sia competente.

Allo scopo di evitare inutili complicazioni, l'autorità che deve pronunziare sulla competenza ha facoltà di sospendere entrambe le liti sino al regolamento (capov. primo dell'articolo 111) e la sospensione impedisce la decorrenza di qualunque termine di procedura (capoverso secondo, art. cit.). La sospensione non potrebbe essere ordinata per una sola lite, poichè da ciò potrebbero nascere ingiustizie e danni. Nè essa è obbligatoria, giacchè le circostanze possono talvolta consigliare che sia lasciato alla prudenza delle parti l'eseguirla volontariamente o provvedere in altra guisa.

Ma quale è l'autorità *superiore* che deve regolare la competenza? Per quanto ora abbiam detto, la superiorità sua deve sussistere ugualmente rispetto alle due cause, cioè alle due autorità di queste investite. Laonde la legge (art. 108) indica genericamente che la domanda devesi proporre all'autorità giudiziaria *immediatamente superiore da cui entrambi i magistrati adìti dipendono.*

Pertanto, se le liti pendono avanti due conciliatori dello stesso mandamento, giudicherà il pretore; se innanzi a due conciliatori di mandamenti diversi ma dello stesso circondario, giudicherà il tribunale; se innanzi a due conciliatori di circondari diversi nel distretto della stessa corte d'appello, giudicherà la corte; se i conciliatori appartengono a distretti diversi di corti d'appello, giudicherà la corte di cassazione; se poi appartengono a separate giurisdizioni di corti di cassazione, pronunzierà quella di Roma, per la speciale competenza deferitale dall'art. 3, n. 1, della legge 12 dicembre 1875.

Se una delle cause pende davanti ad un conciliatore e l'altra davanti ad un pretore *del medesimo circondario*, pronunzierà il tribunale; e così via, essendo inutile moltiplicare gli esempi. Questi che abbiamo accennati servono a dimostrare come la stessa questione ora vada attribuita al giudizio delle infime magistrature ed ora a quello delle supreme, senza che vi siano tra i diversi casi sostanziali differenze. Aggiungasi che allorquando s'abbia da adire la corte di cassazione per un regolamento di competenza di conciliatori o di pretori, sarà ben raro il caso che le parti vi trovino

il tornaconto. Insomma, per avviso nostro, la materia era da disciplinare con migliore spirito pratico (1).

212. La legge non dice quale delle parti possa presentare la istanza per regolamento della competenza. È da reputare che qualunque dei litiganti vi sia autorizzato e che possano anche proporla tutti consensualmente.

La forma della domanda è il *ricorso* (art. 110); fedele in questa parte ai suoi divisamenti, la legge intende che siano evitate le solennità della contestazione giudiziale; ma ciò non vuol dire che si abbiano da trascurare le cautele necessarie alla giustizia. Ond'è che gli atti delle cause e i documenti, che il ricorrente presenta, devono essere depositati in cancelleria allo scopo che le altre parti ne ricevano comunicazione (art. cit.). Inoltre il ricorso deve essere notificato alle altre parti le quali potranno presentare controricorso (art. 111). Intorno a queste formalità la legge però dispone: che l'autorità giudiziaria prima di ammettere il ricorso alla notificazione deve esaminare la domanda, ordinandone la notificazione *solo quando la reputi fondata;* se fosse *evidente* la mancanza di titoli per un regolamento di competenza, il ricorso sarà respinto senza uopo di sentire gli altri contendenti. La notificazione del ricorso e la presentazione del controricorso devono essere eseguite nei termini che fissa la medesima autorità giudiziaria (art. cit.); e se il ricorrente indugia la notificazione oltre il tempo assegnato, *decade di diritto dalla istanza per regolamento di competenza* (art. 112), il che significa doversi far decidere la controversia mediante il procedimento ordinario. Questa disposizione è ingiusta, perchè il ritardo con tale sanzione punito non elimina il bisogno di una decisione sulla com-

(1) È eguale il sistema della norma di giurisdizione civile austriaca; ivi però non si ammette nessun reclamo contro la deliberazione del giudizio superiore che regola la competenza, e l'uso di questa procedura è limitato ai casi di conflitti positivi o negativi (§ 47).

La esposta interpretazione dell'art. 107 è pacificamente accolta; noi pure l'accettiamo, quantunque ci sembri possibile dubitare che si debba intendere per autorità *superiore* quella che ha effettive funzioni gerarchiche sulla inferiore; funzioni che i tribunali non avrebbero sui conciliatori, nè le corti d'appello su costoro e sui pretori; guardando la cosa da un simile punto di vista, l'interpretazione pratica del testo subirebbe una sensibile modificazione.

petenza, tanto più per essere ormai stato riconosciuto dall'autorità superiore che la domanda è *fondata*. Notisi però che, malgrado la comminata decadenza, non potrebbe essere vietato ad una delle altre parti contendenti di proporre a sua volta una nuova istanza di regolamento, la quale dovrebbe ricevere il suo normale svolgimento.

Il controricorso non può essere presentato neppur esso fuori del termine all'uopo concesso; trascorso il quale, senza altri atti nè altre attese, l'autorità regolatrice pronunzia la sua deliberazione (articoli 113 e 114).

213. Il regolamento di competenza deve essere pronunziato con una *sentenza;* esso è giudizio definitivo sulla questione incidentale, dato nel *contraddittorio* delle parti, relativamente ad una loro *controversia*. È poi sempre un giudizio proferito *in grado d'appello,* quando non sia devoluto immediatamente alla corte di cassazione. Quindi, all'infuori di questo caso, è ammesso il ricorso per cassazione.

A convalidare la dimostrazione che per decidere sulla domanda di regolamento fa mestieri d'una *sentenza*, si osservi che l'art. 114, nel capoverso, dispone: « quando la domanda sia rigettata, la parte ricorrente può essere *condannata* al risarcimento dei danni verso le altre parti ».

214. Sino a quale momento sia proponibile l'istanza per regolamento di competenza, lo dichiara l'art. 109. Esso ammette anzitutto la facoltà di proporre preventivamente nelle forme ordinarie la *declinatoria del foro* per litispendenza (1). Infatti potrebbero le parti cader d'accordo nel riconoscere *fondata* l'eccezione ed allora il regolamento avrebbe luogo in forma consensuale, come è preveduto nell'art. 34 del r. d. 31 agosto 1901. Ed anche dopo che sulla eccezione siasi impegnato il contraddittorio, è permessa l'istanza per regolamento, salvo naturalmente il caso che la eccezione di declinatoria sia ormai stata accolta con sentenza divenuta *irrevocabile*. Quindi non fa ostacolo una sentenza di rigetto in primo grado, ancora suscettibile d'appellazione; nè fa ostacolo una sentenza d'appello che si possa tuttavia impu-

(1) Il nome di *litispendenza* è usato qui impropriamente per indicare tanto la *litispendenza* che la *connessione*. Tutto il testo dell'art. 109 lascia molto a desiderare quanto alla chiarezza.

gnare per cassazione. Nemmeno c'è distinzione fra il caso in cui la sentenza rigettando la declinatoria abbia pur decisa la lite in merito, e quello in cui soltanto abbia pronunziato sopra l'incidente. Tuttavia la legge preclude l'adito al regolamento di competenza, quando la sentenza di rigetto della declinatoria in grado di appello sia stata proferita dall'autorità medesima alla quale dovrebbe essere diretta l'istanza per il regolamento, abbia o non abbia la detta autorità deciso con la medesima sentenza anche il merito.

È importante fissare bene la spiegazione di questa regola, del resto semplice e logica. O l'autorità di appello che era competente a pronunziare sul conflitto *non ha deciso il merito;* e allora il ricorso per cassazione contro la sua sentenza che pronunziò *sulla competenza*, provoca la diretta risoluzione del conflitto dalla corte di cassazione, la sentenza della quale fa stato *come decisione di regolamento;* cioè su entrambe le liti che si dicono identiche o connesse; infatti, dal momento in cui una di esse sia stata decisa in appello, la sola autorità giudiziaria superiore *da cui dipendono* egualmente i due organi di giustizia interessati nel conflitto è la corte di cassazione, che è il solo organo superiore al magistrato che pronunziò nel grado di appello. Oppure l'autorità giudiziaria, che era competente pel conflitto, *ha deciso il merito;* e allora, evidentemente, sarebbe assurdo e pericoloso ammettere due separate impugnazioni contro la stessa sentenza, innanzi la corte di cassazione: l'una, nella forma speciale pel regolamento di competenza, l'altra, nella forma ordinaria, sulla questione del merito. Il ricorso ordinario per cassazione rimane, pure in questo caso, il solo rimedio proponibile utilmente per provvedere sulla competenza, e, se sarà il caso, sul merito.

215. Insino a qui abbiamo considerato il regolamento di competenza come destinato a *prevenire* un conflitto di giurisdizione, vale a dire una contemporanea dichiarazione di competenza o d'incompetenza da parte di due autorità giudiziarie sulla medesima lite o sopra liti connesse. Importava però che il legislatore prevedesse anche il conflitto di giurisdizione *reale,* e cioè il caso in cui due o più autorità giudiziarie abbiano simultaneamente o successivamente dichiarata del pari la loro competenza su una lite, o peggio

ancora abbiano dichiarata la rispettiva incompetenza. Il caso può verificarsi tanto rispetto alla competenza assoluta come a quella relativa, e se non avesse una soluzione certa e razionale sarebbe un male gravissimo.

Fu quindi, con tutta opportunità, stabilito nell'art. 115 doversi applicare ai conflitti di giurisdizione, positivi o negativi (1), il rimedio del regolamento della competenza, con l'osservanza di tutte le discipline esposte qui dianzi. È manifesto che la comminatoria di decadenza contenuta nell'art. 112 diventa ancora più criticabile rispetto al caso di conflitto reale, in cui essa può recare come immediata conseguenza un vero e proprio diniego di giustizia, ponendo le parti nella condizione di non avere un giudice che decida la loro controversia, o di averne troppi.

216. Il caso di un conflitto negativo di giurisdizione sopra due istanze identiche non entra solo nel quadro delle controversie relative alla litispendenza, ma forma anche il tema di una ipotesi tutta speciale. Due autorità si sono successivamente dichiarate incompetenti a decidere una lite, per la quale, una dopo l'altra, e la seconda dietro la pronunziata incompetenza della prima, erano state adìte. Il regolamento di competenza potrà essere certamente domandato anche in questo caso. Ma la prima sentenza può avere acquistata autorità di cosa giudicata prima della pronunzia della seconda. Anzi è spesso inevitabile che ciò avvenga prima ancora dell'istituzione del secondo giudizio del quale altrimenti sarebbe impedito l'ingresso dalla eccezione di litispendenza. Indi il risultato che nelle accennate circostanze la pronunzia dell'autorità superiore, regolatrice della competenza, possa avere virtù di modificare gli effetti d'una regiudicata. È questo un inconveniente, di fronte al quale meriterebbe di essere ponderato se non sia preferibile la regola stabilita dal § 11 del codice di proc. germanico, che dichiara aver forza obbligatoria, per il tribunale che successivamente

(1) Chiamasi *conflitto di giurisdizione* la dichiarazione fatta da due o più autorità giudiziarie, in sensi contraddittorii o incompatibili, circa la questione di competenza. È *positivo*, quando sulla stessa causa due o più autorità giudiziarie si pretendano del pari competenti. È *negativo*, se tutte dichiarino la propria incompetenza.

viene investito della controversia, la sentenza passata in giudicato, con cui un tribunale, adìto avanti, riconobbe la propria incompetenza.

217. Tutti i mezzi stabiliti per garantire il rispetto delle competenze, e cioè le eccezioni delle parti, la facoltà dei giudici di sentenziare d'uffizio l'incompetenza, l'invalidità delle proroghe di giurisdizione e delle delegazioni, il regolamento di competenza e la risoluzione dei conflitti, concernono il *riparto della giurisdizione civile* fra le singole autorità giudiziarie, e valgono a salvaguardare la *misura* della medesima a ciascuna assegnata. Ma può cadere controversia sulla *giurisdizione in senso assoluto*, cioè sulla potestà in genere, di decidere una contesa. Tale controversia può sorgere e presentarsi sotto tre distinti aspetti:

1° in materia appartenente all'ordine giuridico privato il convenuto può eccepire che la pretesa dell'attore non contiene la enunciazione di un diritto subbiettivo, e che perciò non deve essere invocato sopra di essa alcun provvedimento dell'autorità giudiziaria; può ancora eccepire che al diritto subbiettivo enunciato nella pretesa dell'attore non corrisponde un'azione esperibile in giudizio; può, infine, eccepire che la domanda dell'attore tende a provocare un illegittimo esercizio di funzione giurisdizionale, relativamente a materia sulla quale non è ulteriormente permesso l'esercizio della medesima, per essersi essa già esaurita con atti anteriori, nei limiti stabiliti dalla legge alla sua attività;

2° in materia appartenente all'ordine giuridico privato od al pubblico, può il convenuto eccepire che il diritto enunciato nella pretesa dell'attore non dà luogo a esercizio della funzione giurisdizionale spettante alle autorità dell'ordine giudiziario (giurisdizione ordinaria) ma bensì a quello della medesima funzione dalle leggi riserbata ad una autorità dell'ordine amministrativo (giurisdizione speciale);

3° in materia appartenente all'ordine giuridico pubblico, il convenuto può eccepire che la pretesa dell'attore non contiene materia di diritto civile nè di diritto politico, ma che l'oggetto della medesima è un semplice *interesse* non fornito di tutela legale, che deve, per la natura sua, essere sottoposto all'esame di un organo dell'amministrazione

attiva, affinchè questo, nell'esercizio delle proprie funzioni governative, vi provveda con le facoltà più o meno largamente discrezionali che gli spettano.

In tutte le accennate ipotesi, la eccezione del convenuto esprime il concetto che la podestà giurisdizionale attribuita dalle leggi vigenti alle autorità giudiziarie non può essere esercitata sopra la domanda dell'attore. Ognuno comprende però come le tre situazioni siano fra di loro molto diverse. E anzitutto, fra la prima e le altre due passa questa essenziale differenza: che nella seconda e nella terza, alla negazione della podestà del giudice ordinario si accompagna l'affermazione della podestà di altro giudice o di altra pubblica autorità; mentre nel primo caso la negazione della podestà giurisdizionale include l'affermazione che, se una pubblica autorità potesse occuparsi dell'affare, esso sarebbe di competenza dell'autorità giudiziaria.

218. Questo primo caso, adunque, è il più semplice di tutti. La controversia che in esso viene elevata è, a non dubitarne, di esclusivo attributo della magistratura ordinaria, la quale, pronunziando in un senso o in un altro, potrà fare migliore o peggiore governo delle disposizioni di legge, ma non corre mai il rischio di usurpare il terreno attribuito al dominio e all'azione di un altro organo del pubblico potere. Abbiamo configurato tre aspetti diversi corrispondenti alla varietà delle circostanze in cui la controversia può presentarsi:

a) Inesistenza di diritto subbiettivo; quando alla facoltà che una persona vivente nel consorzio civile pretende esercitare in confronto di altra persona non si accompagna la guarentigia di *esigibilità* protetta dal diritto obbiettivo, vi potrà essere una obbligazione morale o di convenienza, ma non una obbligazione giuridica. Questa mancando, non può il magistrato spiegare la funzione giurisdizionale a difesa e servizio di quella facoltà; ma dovrà dichiarare improponibile la domanda, o carente d'azione colui che l'ha proposta; insomma, dovrà dichiarare che egli manca di potere per definire la contesa.

b) Diritto non munito d'azione; come altrove osservammo (n. 15), sono figure anomale ed affatto eccezionali

quelle dei diritti sforniti di azione; ma poichè esistono, è certo che il magistrato chiamato a provvedere per la difesa di uno di essi dovrà trincerarsi nella eccezione del difetto di podestà a pronunziare sul merito; di fronte al diritto giudiziario civile, fra un diritto mancante d'azione e una facoltà non garantita dalla legge non esiste alcuna differenza.

c) Anteriore esaurimento della funzione giurisdizionale. In senso ampio, simile figura comprende anche il caso dell'eccezione di regiudicata. Il convenuto oppone questa eccezione come ostacolo a che la funzione giurisdizionale sia un'altra volta esercitata sul tema rispetto al quale l'esercizio di essa precedentemente consumato costituisce impedimento perpetuo a nuova azione. Ma oltre all'ipotesi della regiudicata altre debbono essere considerate. Così, dopo la pronunzia di una sentenza inappellabile, il magistrato di seconda istanza, presso il quale sia indebitamente tentato l'appello, deve respingerlo per difetto di giurisdizione; intendendosi designare, con la parola *giurisdizione,* nel caso concreto, i soli poteri che a lui spettano, nel grado particolare dell'uffizio che la legge gli assegna.

Sezione II. — *Conflitti di attribuzioni.*

219. Ben più complessa, evidentemente, è la configurazione degli altri due casi, nei quali, come notavamo, la giurisdizione civile ordinaria può trovarsi a rivaleggiare, se così è lecito esprimersi, nel compimento di atti di pubblico potere, con altre autorità alle quali più veramente appartenga, o sia opinabile che appartenga, l'uffizio di compierli. Ad essere più precisi, conviene però distinguere fra i due casi. Quando si eccepisce innanzi il giudice che l'oggetto della domanda non dà materia a una di lui pronunzia, giacchè si tratta di un semplice *interesse*, sfornito di garanzia legale, a cui deve esclusivamente provvedere l'amministrazione, non si eleva la competenza di questa contro la giurisdizione ordinaria, ma si afferma la insindacabilità dell'atto amministrativo già compiuto, o quella dei poteri discrezionali,

che spettano per il compimento di esso agli organi del governo. È dunque una mera *eccezione d'incompetenza* della giurisdizione ordinaria, che acquista importanza maggiore del consueto solo in quanto interessa i rapporti tra funzioni eminenti di sovranità. Quando invece viene opposto innanzi ai tribunali ordinari che la materia del giudizio sarebbe di competenza di una giurisdizione speciale, vi sono gli elementi del vero conflitto, essendo possibile che due autorità diverse si dichiarino ugualmente competenti od incompetenti a emettere decisioni di carattere ed effetto giurisdizionale su un medesimo ed unico oggetto. Questo conflitto fu denominato *di attribuzioni*, perchè ha luogo fra autorità di ordini diversi, quantunque investite entrambe di podestà giurisdizionali. Il nome risale al tempo in cui esistevano i tribunali del contenzioso amministrativo, e si applicava allora non soltanto ai conflitti in materia giurisdizionale, ma anche alle controversie sulla incompetenza dell'autorità giudiziaria a sindacare un atto amministrativo, appunto perchè allora, anche in simile riguardo, un conflitto poteva sorgere fra questa autorità ed i tribunali amministrativi. Distinta nell'ordinamento attuale la sfera di azione della amministrazione pura da quelle rispettive delle giurisdizioni speciali e della giurisdizione civile ordinaria, la legge 31 marzo 1877, di cui è menzione più oltre, non diede altrimenti il nome di *conflitti* che alle contese giurisdizionali della magistratura ordinaria con le giurisdizioni speciali, o di queste fra loro. Tuttavia la stessa legge va nota col nome di *legge sui conflitti di attribuzioni*, e nella pratica si continua a designare come *conflitto* la questione sulla incompetenza dell'autorità giudiziaria rispetto ad un atto amministrativo. Certo non conferisce alla correttezza del concetto scientifico questa equivocità del comune linguaggio, ad evitare la quale conviene sempre considerare i due rapporti in modo distinto e separato.

220. La legge del 20 marzo 1865, alleg. *E*, abolendo i tribunali del contenzioso amministrativo e dovendo quindi provvedere al riparto delle loro funzioni, dispose all'uopo con la classificazione contenuta negli art. 2 e 3. Ai termini dell'art. 2 « sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte

« le cause per contravvenzioni (1) e tutte le materie nelle « quali si faccia questione di *un diritto civile* o *politico*, « comunque vi possa essere interessata la pubblica ammi- « nistrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del « potere esecutivo e dell'autorità amministrativa ». Ai termini invece dell'art. 3 « *gli affari* non compresi nell'articolo pre- « cedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, « le quali ammesse le osservazioni in iscritto delle parti « interessate provvederanno con decreti motivati, previo « parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi « siano stabiliti dalla legge ». Questa distinzione, apparentemente molto nitida, tra *materie in cui si faccia questione di un diritto* e semplici *affari*, in pratica risultò meno chiara e sicura di quello che a primo aspetto potesse supporsi. E quand'anche simile risultato non si fosse avuto, era prevedibile, da parte di un prudente legislatore, la possibilità di controversie intorno al limite delle attribuzioni con essa rispettivamente conferite all'autorità giudiziaria. Nell'uscire da un regime in cui l'autorità amministrativa, con organi propri, esercitava le funzioni giurisdizionali sulle controversie giuridiche nelle quali era interessata, parve più temibile il pericolo di invasioni della giurisdizione ordinaria nei dominii dell'amministrazione attiva che non il caso inverso. Del resto è da notare per la verità (e la osservazione, sebbene qui venga appena accennata, non manca di una certa importanza), che, se una invasione è possibile, questa non può verificarsi se non per opera della autorità giudiziaria in danno dell'amministrazione. Una sentenza di tribunale, considerando *questione di diritto* e non semplice *affare*, l'oggetto di una domanda, e su di esso provvedendo, paralizza o per lo meno inceppa l'azione amministrativa, essendo logico (ed avendolo dichiarato nel capoverso dell'art. 4 la stessa legge ora in esame) che la sentenza del giudice s'imponga al rispetto dell'amministratore. Un provvedimento amministrativo, al contrario, quand'anche impartito sopra materia in cui, facendosi questione

(1) Questa è materia relativa alla giurisdizione penale, di cui non dobbiamo qui occuparci.

di diritto civile o politico, occorre una deliberazione giudiziaria, non può mai togliere al soggetto che si reputa investito di quel diritto, l'azione, ossia la facoltà d'invocare a difesa del medesimo l'intervento della funzione giurisdizionale. Quindi vera usurpazione in questo caso non ci può essere. Ciò spiega come la contemplazione della ipotesi di una disputa sulla competenza giudiziaria di fronte ad atti amministrativi conducesse a stimare necessario il conferimento di un'arma di difesa all'amministrazione, per la salvaguardia dei poteri suoi. E tale arma le venne fornita mediante la facoltà ad essa riconosciuta di *elevare il conflitto di attribuzioni*, nelle liti vertenti davanti la magistratura ordinaria, anche nei casi in cui non vi fosse direttamente interessata. Il meccanismo di questo istituto, politico e procedurale insieme, risale alla legge sui conflitti del 20 novembre 1859 promulgata quando ancora esistevano i tribunali del contenzioso amministrativo. Dopo la cessazione di essi venne tuttavia mantenuto, per servire allo scopo testè indicato, giusta il tenore dell'art. 13 della legge di abolizione. Carattere sostanziale dell'istituto è quello di far sospendere, mercè una istanza motivata, presentata da un organo dell'amministrazione attiva (il prefetto), il corso della lite sull'oggetto che l'amministrazione stessa intende rivendicare alle proprie attribuzioni, fino a che il conflitto sia stato risoluto con una decisione dell'autorità competente.

221. Quale fosse poi l'autorità incaricata di risolvere simili conflitti, lo determinò provvisoriamente la legge del 1865 nello stesso art. 13, designando all'uopo il consiglio di stato, conformemente al disposto dell'art. 10, n. 1, della contemporanea legge 20 marzo, alleg. *D*, ed al sistema antecedentemente stabilito. Il legislatore italiano ispirato alle dottrine francesi che in tutta questa materia aveva allora prese a guida, obbedì, anche nella designazione dell'organo solutore dei conflitti, al concetto di meglio garantire la difesa dei poteri di amministrazione contro eventuali esorbitanze della funzione giurisdizionale ordinaria; essendosi riputato che all'uopo si avrebbero migliori assicurazioni affidando la custodia dei confini stabiliti fra le due autorità

ad un organo fra i più ragguardevoli della stessa amministrazione. È per altro caratteristico e notevole che la legge sul consiglio di stato, conferendogli la podestà di risolvere i mentovati conflitti, collocava questa tra le funzioni di *giurisdizione speciale* ad esso affidate. Ed invero del carattere eminentemente giurisdizionale di simile uffizio niuno può dubitare, solo che voglia considerare come, in primo luogo, l'esame se un diritto subbiettivo esista o no, e quindi se un'azione possa venire spiegata per far valere la relativa pretesa, non può legittimamente essere compiuto, se non in virtù di un potere giurisdizionale; giacchè l'indagine *se un diritto subbiettivo esista* è appunto una *questione sul diritto stesso;* e in secondo luogo, come la legge di abolizione dei tribunali amministrativi avesse conservato, per non pochi *diritti* (malgrado la generalità della formola usata nell'art. 2), la competenza di giurisdizioni speciali riserbate ad organi dell'amministrazione; laonde ogni volta che il conflitto riguardasse i rapporti fra tali giurisdizioni e la ordinaria, la questione rimaneva pur sempre, con qualunque soluzione, nel campo giurisdizionale. Per queste considerazioni e ancora più per l'altra che l'amministrazione, mentre garantiva fin troppo se medesima, lasciava una ben scarsa misura di garanzie ai suoi avversari in lite, chiamando a risolvere il conflitto un proprio organo, il che la costituiva giudice e parte ad un tempo, le idee dei legislatori e degli studiosi, in Francia come in Italia, subirono dopo il 1865 una modificazione notevolissima; alla quale contribuì non poco fra noi lo svolgimento delle istituzioni parlamentari, ed in Francia la mutazione politica del 1870; non dovendosi omettere di rammentare ancora l'influenza dell'istituto della giustizia amministrativa che andavasi specialmente sviluppando negli stati tedeschi. Accettato e posto fuor di discussione il concetto che la risoluzione dei conflitti è funzione giurisdizionale, non sembrò guari discutibile che il deferirla ad un organo di giurisdizione speciale, il quale come strumento di giurisdizione è posto dalla stessa natura del suo uffizio in seconda linea, non rispondeva nemmeno alla naturale distribuzione delle podestà. Funzione giurisdizionale significa dichiarazione e interpretazione dei precetti contenuti nelle

leggi: nel caso particolare del conflitto d'attribuzioni, si tratta di mantenere le attività rispettive della giurisdizione ordinaria, delle speciali e dell'amministrazione, dentro i confini a ciascuna assegnati dalle leggi; cioè di dare uniforme sicurezza d'interpretazione e costanza di applicazione a quelle norme del diritto obbiettivo che segnano il limite alle attribuzioni di ciascuna delle mentovate podestà. Parve adunque ai legislatori d'Italia che per l'esercizio di tal funzione fosse indicata, dall'autorità della logica e dall'indole complessiva dei nostri pubblici ordinamenti, la corte di cassazione, non tanto come magistrato supremo della giurisdizione ordinaria, quanto per essere stata costituita, con politico intendimento, giudice del puro diritto, cioè delegata a custodire la uniforme interpretazione ed applicazione delle leggi nel territorio dello stato. Ad assoggettare al giudizio di questa suprema magistratura, per la osservanza dei confini di loro attribuzioni, le singole giurisdizioni speciali, non poteva esservi repugnanza; anzi, per naturale affinità di funzione (a non voler parlare di sostanziale identità), appariva logico che a tutte sovrastasse l'organo più eminente della giurisdizione ordinaria. Nell'interesse poi dell'amministrazione attiva, neppure sarebbe stato ragionevole che si elevassero difficoltà, imperocchè la eccezione con la quale essa declina il giudizio del magistrato ordinario è un mezzo preliminare di difesa contro la domanda per la quale trovasi convenuta o contro la quale stima di intervenire per salvaguardia della propria podestà; laonde, la pronunzia sulla eccezione stessa è naturale attributo della giurisdizione adìta con la domanda. Se potevasi consentire una procedura privilegiata per meglio assicurare l'amministrazione e per abbreviare il contrasto preliminare, questo favore conceduto sul terreno del rito non avrebbe giustificato un mutamento di giurisdizione: la disputa rimane nel dominio della giurisdizione ordinaria; solo, invece di percorrere tutti gli stadii normali della procedura, può essere immediatamente recata al supremo magistrato in tale giurisdizione costituito.

222. Questi concetti ispirarono la legge 31 marzo 1877 sui conflitti di attribuzioni. Non è a tacere che in altri stati

la grave questione fu risoluta diversamente, preferendosi la costituzione di un tribunale particolare, composto di magistrati in equa misura tratti dal ceto giudiziario e dai maggiori organi di giurisdizione speciale. Probabilmente se la riforma della legge sui conflitti fosse stata, in Italia, accompagnata o preceduta dallo svolgimento dei novelli istituti di giustizia amministrativa, che aumentarono di tanto la importanza delle giurisdizioni speciali e l'estensione del loro uffizio, il sistema del tribunale misto per la risoluzione dei conflitti avrebbe prevalso, o per lo meno suscitato vive discussioni, le quali solo di recente, invece, si sono prodotte, traendo occasione dall'analisi sperimentale dell'opera della corte di cassazione in siffatto argomento (v. n. 89). Non è qui da esaminare quale sistema sia migliore; basti avvertire che per formare esattamente un giudizio in proposito è indispensabile tener conto del complesso delle istituzioni politiche, amministrative e giurisdizionali, quali esistono e funzionano, e delle molteplici differenze che in esse, da stato a stato si verificano, con riguardo alle condizioni storiche in cui si svolsero e all'intrinseco concetto politico che le informa.

La legge 31 marzo 1877, per l'esame delle controversie sulla giurisdizione, accolse un criterio analogo a quello stabilito nel codice di procedura pel regolamento delle competenze giudiziarie. La questione del difetto di giurisdizione, o di incompetenza dell'autorità giudiziaria, è considerata anzitutto come tema di una eccezione mediante la quale viene elevata una controversia civile ordinaria, da essere decisa col normale percorso dei gradi di giurisdizione e con l'autorità del giudicato. L'amministrazione (art. 1), anche quando non sia parte in causa, può intervenirvi per opporre tale eccezione, discuterla e farla decidere nei modi accennati. In ogni caso, però, le è data facoltà di valersi di *un mezzo straordinario* (procedimento privilegiato), domandando che la decisione sulla competenza dell'autorità giudiziaria sia deferita, *omisso medio*, alla corte di cassazione (sede di Roma), la quale pronunzia a sezioni unite (art. 3). La stessa corte a sezioni unite ha, parimente, esclusiva facoltà di pronunziare sui ricorsi contro le sentenze d'appello, impugnando

le quali vengasi a sollevare la questione sulla competenza dell'autorità giudiziaria (art. 5).

Il mezzo straordinario così stabilito può essere usato dall'amministrazione *in qualunque stato di causa*, fino a che, per altro, non sia già intervenuta fra le parti una dichiarazione di competenza dell'autorità giudiziaria *passata in giudicato* (art. 1); e questa riserva è spiegata dalle considerazioni che esponemmo più sopra (v. n. 98). La richiesta per la decisione diretta dalla corte di cassazione è fatta con decreto motivato dal prefetto della provincia nella quale il giudizio fu istituito. Tale decreto dev'essere notificato alle parti in causa e indi trasmesso all'uffizio del pubblico ministero presso il tribunale o la corte d'appello, a cui spetta di comunicarlo all'autorità innanzi la quale è pendente la lite. Allorquando questa abbia riconosciuto essere regolare la elevazione del conflitto, sia in ordine al tempo che alle forme, sospende il corso del giudizio fino alla decisione sulla competenza: non le è negata la podestà di impartire nella attesa provvedimenti interinali, se occorrano (art. 2).

223. Dopo avere regolato il caso più comune nel modo di cui finiamo di parlare, la legge (art. 3, n. 2) contempla pure l'ipotesi del conflitto *negativo*, che si verifica quando l'autorità giudiziaria e l'amministrativa siansi dichiarate incompetenti. Nell'ipotesi di questo conflitto dispone la legge che « appartiene esclusivamente alle sezioni di cassazione istituite in Roma... regolare la competenza fra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa ». È da notare che l'efficacia di questa disposizione, nei casi pratici, può rimanere molto circoscritta. In verità, supponendo che l'autorità giudiziaria dichiari la competenza della amministrazione, l'effetto materiale di simile giudizio non può essere maggiore di quello di una semplice dichiarazione di incompetenza dell'autorità giudiziaria; nè può idearsi modo per costringere giudizialmente l'autorità amministrativa a spiegare sul merito della domanda quei poteri l'uso dei quali è lasciato alla sua insindacabile discrezione.

224. Ci rimane a dire del regolamento di competenza che può occorrere fra l'autorità giudiziaria e gli organi amministrativi investiti di giurisdizioni speciali.

Questa materia ha acquistata una grande importanza dopo le leggi del 1889 e del 1890 che organizzarono le vaste e nuove giurisdizioni speciali della giustizia amministrativa (quarta sezione del consiglio di stato e giunte provinciali amministrative). Essa però era stata contemplata e disciplinata dalla legge del 31 marzo 1877, la quale nel num. 3 dell'art. 3 stabilì appartenere esclusivamente alle sezioni unite della corte di cassazione « giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, non che della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza o per eccesso di potere ». Come a prima vista si scorge, qui, sottoponendo al sindacato della suprema magistratura giudiziaria uffizi giurisdizionali staccati bensì organicamente dalla giurisdizione ordinaria, ma per la identità della funzione ad essa collegati, il legislatore volle che la podestà regolatrice fosse più ampia e completa di quel che la natura dei rapporti avesse consentito rispetto all'amministrazione attiva. Perciò, non solamente dei conflitti singolarmente verificabili fra quelle giurisdizioni e la ordinaria, ma della osservanza stessa dei confini assegnati alle loro proprie particolari funzioni, volle guardiana e arbitra la corte di cassazione. I due uffizi ben distintamente sono contemplati nel testo surriferito, nè occorrono chiose a sua illustrazione. Solo merita qualche spiegazione la frase che accenna al secondo uffizio: la corte di cassazione decide sulla *nullità delle sentenze proferite dalle giurisdizioni speciali*, quando la nullità sia fondata sopra l'*incompetenza* o l'*eccesso di potere*. Oltre l'ipotesi di un conflitto positivo o negativo fra una giurisdizione speciale e l'ordinaria, il legislatore considera adunque l'ipotesi che l'ordinaria non sia stata provocata a pronunziare nè sulla competenza nè sul merito, e che soltanto la speciale abbia pronunziato, ammettendo in tale ipotesi il ricorso per cassazione fondato sul motivo della *incompetenza* di questa giurisdizione speciale; incompetenza, che, essendo assoluta, può venire dedotta per la prima volta col ricorso, senza che ciò formi ostacolo alla proponibilità della eccezione. Tale *incompetenza* può verificarsi, sia che una giurisdizione speciale abbia

emanato provvedimento il quale era riserbato alla giurisdizione ordinaria; sia che lo abbia emanato sopra materia che appartiene alla competenza di altra giurisdizione speciale. L'*eccesso di potere* si verifica poi, da parte di una giurisdizione speciale, quando, in luogo di compiere l'uffizio giurisdizionale per cui fu istituita, essa abbia esercitato altra funzione pubblica d'indole diversa, per es., emanato un provvedimento proprio dell'amministrazione attiva; oppure quando abbia tratto occasione dall'esercizio della funzione giurisdizionale per impartire un provvedimento o compiere un atto che le leggi non consentono a veruna autorità. La legge nel suo silenzio suscita il desiderio di una definizione dei due concetti della *incompetenza* e dell'*eccesso di potere;* ma questo desiderio è condannato a rimanere tale per la incertezza che tuttavia regna nella dottrina intorno alla nozione differenziale fra i due motivi di annullamento sopra detti. A noi sembra, però, che a non voler considerare la figura dell'eccesso di potere come una inutile ripetizione, o sia pure una più o meno opportuna amplificazione di quella della incompetenza, e a non voler trascurare le ragioni storiche e logiche e l'ambiente politico in cui si elaborò la riforma della legge sui conflitti, debba il num. 3 dell'art. 3 ricevere la larga interpretazione qui enunciata.

225. La legge del 2 giugno 1889 (testo unico), istituendo nella quarta sezione del consiglio di stato il primo e più elevato organo della giustizia amministrativa, riconobbe a questa funzione il carattere giurisdizionale che veramente non può esserle negato nello stato libero moderno, quantunque parecchie discussioni siansi intorno a ciò elevate (1). Come funzione giurisdizionale essa era perfetta-

(1) Se nella legge del 1889 non sta scritta la parola « *giurisdizione* » non per questo si può negare il carattere giurisdizionale della giustizia amministrativa, il quale poi fu dichiarato nella legge che definitivamente venne ad organizzarla fra noi, quella cioè del 1° maggio 1890. L'uffizio giurisdizionale delle giunte provinciali amministrative, da essa proclamato in modo formale nel primo alinea dell'art. 1° e in quello dell'art. 13, oltre che nella rubrica del titolo primo, mercè l'uso replicato del vocabolo « giurisdizione », fu ivi riconosciuto parimente per la quarta sezione, la quale è costituita come giudizio d'appello sulle deliberazioni delle giunte provinciali pel disposto dell'art. 19; d'altronde, la natura degli altri uffizi di giustizia amministrativa attribuiti alla stessa quarta sezione

mente compatibile con le altre della stessa natura già attribuite al consiglio di stato dalla legge del 1865, e da alcune successive. Infatti la legge del 1889 riunì tutte le attribuzioni giurisdizionali del consiglio di stato nella quarta sezione, congiungendole all'esercizio della giustizia amministrativa. La sola differenza sta in ciò, che le antiche attribuzioni giurisdizionali sostituivano l'azione del consiglio di stato a quella dei tribunali ordinari, onde, sulle materie comprese in tali attribuzioni la quarta sezione esercita un sindacato *di merito* (art. 25 legge 2 giugno 1889); invece la nuova attribuzione (art. 24), chiamata anche sindacato di *legittimità*, tutela un diritto prima non riconosciuto dalle leggi. il diritto, cioè, dei singoli, *alla legittimità degli atti della pubblica amministrazione;* e quindi può darsi che si trovi in concorrenza col sindacato giurisdizionale ordinario, il quale può essere provocato dal singolo allorchè l'atto illegittimo abbia leso un suo diritto civile o politico (art. 2 e 4 legge 20 marzo 1865, alleg. *E*). La quarta sezione è posta adunque.

---

non è diversa per iscopo e per essenza da quella delle funzioni giurisdizionali delle giunte predette. Vedasi inoltre, nel testo, il richiamo allo articolo 10 della legge del 1865. La nostra opinione provocò due obbiezioni principali: 1° che i compilatori della legge del 1889 non avevano in mente di costituire una vera e propria giurisdizione *di legittimità;* 2° che il sindacato di legittimità può essere sostituito, giusta l'art. 25 della legge sul consiglio di stato, dal ricorso straordinario al re, che già prima era l'unico rimedio ammesso; onde la equivalenza della funzione regia con quella della quarta sezione esclude il carattere giurisdizionale della seconda. Alla prima obbiezione si risponde che nel regime politico rappresentativo nessuno mette in dubbio, in teoria, che le leggi abbiano valore e significato quale l'esame del contenuto intrinseco e degli effetti loro induce a stabilire con la scorta della logica e in considerazione dei bisogni sociali cui soddisfano, senza che si tenga conto delle varie opinioni individuali delle numerose persone che concorrono a deliberarle e che molto spesso, più o meno inconsapevolmente, interpretano determinate correnti di aspirazioni pubbliche e attuano le logiche conseguenze di principii dei quali non si erano formata prima una giusta nozione. Non si capisce perchè questo criterio generale, ammesso dalla dottrina e applicato con tanta frequenza, possa essere respinto soltanto nella presente discussione. All'altra obbiezione è da opporre che mentre tutti convengono essere il ricorso straordinario al re una *sopravvivenza*, che attesta la indecisione e la debolezza del legislatore (nè mancano calde proposte e perfino progetti di legge per abolirlo) è contraddittorio ed illogico farne il perno della costruzione teorica del nuovo sindacato di legittimità, di cui rappresenta quasi l'antitesi.

di fronte alla giurisdizione civile ordinaria, nei medesimi rapporti che già erano stati stabiliti per le altre giurisdizioni speciali: e quindi i conflitti positivi o negativi insorgenti fra essa e le autorità giudiziarie, come le istanze per annullamento delle decisioni della quarta sezione per incompetenza od eccesso di potere, sono deferiti alla esclusiva competenza delle sezioni unite della corte di cassazione a norma dello articolo 3, n. 3, della legge 31 marzo 1877 (1). Inoltre, per semplificare il procedimento, nei casi in cui la questione sulla competenza sia proposta innanzi la sezione, il legislatore del 1889 prescrisse (art. 41) che « sollevata dalle parti o d'uffizio la incompetenza della autorità amministrativa, la sezione sospenderà ogni ulteriore decisione e rinvierà gli atti alla corte di cassazione per decidere sulla competenza ». L'espressione « incompetenza dell'autorità amministrativa » usata nel testo riferito va intesa in rapporto alla natura dell'*organo* (consiglio di stato) appartenente all'ordine amministrativo: quanto all'indole della *funzione* è certamente giurisdizionale, non solo per la parte di attribuzioni che già anteriormente possedeva tal carattere, con esplicito battesimo legale (vedi art. 10 della legge del 1865 sul consiglio di stato, al primo alinea), ma anche per quelle nuovamente conferitegli, come dianzi fu detto, e come è

(1) Fu vivamente contrastata la proponibilità del ricorso alla corte di cassazione contro le sentenze della quarta sezione impugnate per incompetenza od eccesso di potere. La corte di cassazione non esitò a riconoscerne la proponibilità con ripetute decisioni tutte informate al concetto che la quarta sezione è un organo di giurisdizione speciale (cass. Roma, 21 marzo 1893, *Giur. it.*, 1893, I, 1, 649; 8 gennaio 1895, *ivi*, 1895, I, 1, 38 e 158; 26 marzo 1896, *ivi*, 1896, I, 1, 657; 24 giugno 1897, *ivi*, 1897, I, 1, 744, ecc.). Per altro la stessa corte di cassazione in altri casi si mostrò incerta fra il riconoscimento dell'uffizio giurisdizionale e il concetto che le attribuzioni della quarta sezione (sindacato di legittimità) siano di mero controllo amministrativo. La tendenza più recente si manifesta nel senso corretto (cass. Roma, 12 dicembre 1901 e 15 marzo 1902, *Giurispr. it.*, 1902, I, 1, 362 e 502; 18 aprile 1903, *ivi*, 1903, I, 1, 424, e altre posteriori, sebbene non manchino motivazioni meno accurate che sembrano rievocare l'antico errore). Il riconoscimento dell'uffizio giurisdizionale sta in armonia con la massima della annullabilità delle decisioni della quarta sezione, la quale fu combattuta, infatti, col solo argomento che le attribuzioni date alla quarta sezione con l'articolo 24 della legge 2 giugno 1889 non siano giurisdizionali.

meglio dimostrato dallo studio storico analitico dell'istituto della giustizia amministrativa preferibile alla più o meno sottile ed arguta esegesi dei testi.

226. L'altra legge fondamentale sulla giustizia amministrativa, quella del 1° maggio 1890, regola principalmente l'attività delle giunte provinciali amministrative. A differenza della ~~quarta sezione~~ del consiglio di stato, come è ben noto, le giunte provinciali sono contemporaneamente investite non solo di attribuzioni giurisdizionali come tribunali della giustizia amministrativa, ma eziandio di attribuzioni amministrative come autorità tutorie degli enti amministrativi locali. Nè sempre, pur troppo, la distinzione dei due uffizi è ben delineata. Tuttavia nelle linee fondamentali la distinzione stessa ricevette la sua logica esplicazione mercè le disposizioni della citata legge, in ordine alla salvaguardia dei limiti rispettivi delle attribuzioni giurisdizionali e di quelle amministrative. In quanto alle prime, la giunta provinciale amministrativa, come la corte dei conti (1) e ogni altro organo di giurisdizione speciale, è sottoposta alla podestà regolatrice della corte di cassazione di Roma, per la risoluzione dei conflitti positivi o negativi che sorgano fra essa e la giurisdizione civile ordinaria; e quindi si ricorre alla detta corte per l'annullamento delle sue sentenze pel vizio della incompetenza o dell'eccesso di potere. Quando agisce in sede tutoria, cioè in funzione amministrativa, il suo provvedimento è un atto di amministrazione, e come tale, se definitivo, può essere impugnato presso la quarta sezione per violazione di legge, per incompetenza od eccesso di potere; se non è definitivo, dà luogo a ricorso gerarchico. Tale è la duplice regola inclusa nell'articolo 19 della legge 1° maggio 1890, il quale va precisamente così inteso là dove dispone: « contro le decisioni delle giunte provinciali amministrative..... possono ricorrere alla sezione quarta del consiglio di stato, *per motivi d'incompetenza e d'eccesso di potere non compresi nella legge 31 marzo 1877*, e per violazione di

(1) Per la corte dei conti, la giurisdizione di annullamento della corte di cassazione è fondata sulle disposizioni degli art. 42 e 43 della legge organica 14 agosto 1862, messi in relazione cogli articoli 3, n. 3, e 6, capoverso primo, della legge sui conflitti, 31 marzo 1877.

legge, ecc.»; pur essendo mestieri convenire che il linguaggio della legge non brilla di soverchia chiarezza.

A somiglianza poi di quanto è stabilito per la quarta sezione del consiglio di stato, l'art. 15 della legge del 1890 nell'ultimo capoverso dispone, che qualora l'eccezione di incompetenza dell'autorità amministrativa (ben inteso, nello esercizio *della funzione giurisdizionale*) è sollevata dalle parti, o d'ufficio, la giunta provinciale rinvia gli atti alla corte di cassazione di Roma, per la sua pronunzia, sospendendo frattanto ogni ulteriore decisione.

227. Nei giudizi innanzi le giunte provinciali, a cagione della pluralità di queste, può sorgere una questione di incompetenza territoriale, non ideabile mai a riguardo di quelle giurisdizioni speciali che hanno un unico organo nello stato, come la quarta sezione o la corte dei conti. Non è ben chiarito nella legge se l'annullamento di una decisione di giunta provinciale pel vizio della incompetenza territoriale debba essere domandato alla corte di cassazione, ovvero alla quarta sezione, anche quando la decisione impugnata sia stata proferita in sede giurisdizionale. Considerando però che la podestà regolatrice della cassazione, tanto per lo spirito come per la lettera dell'art. 3 della legge sui conflitti e dell'art. 15 della legge 1° maggio 1890 è ristretta ai casi in cui sia controversa la competenza dell'organo amministrativo come organo di giurisdizione speciale, cioè alle questioni sulla competenza assoluta, è da ritenere che il ricorso per annullamento fondato sulla incompetenza territoriale appartenga alla cognizione della sezione quarta del consiglio di stato, in virtù della disposizione dell'art. 19 dianzi rammentato. E la sezione quarta pronunzia su tale ricorso coi poteri e secondo le norme che si contengono nel primo capoverso dell'art. 38 della legge 2 giugno 1889.

LIBRO SECONDO

PROCEDIMENTO DI DICHIARAZIONE

PREMESSA

228. Il nome di *procedimento di dichiarazione* serve a designare i giudizi civili, a qualunque competenza appartengano, che, intrapresi colla citazione, si chiudono con una sentenza la quale viene, mercè l'autorità sua, ad affermare o ristabilire, in una parola a *dichiarare*, il diritto dell'attore o del convenuto. L'esercizio della podestà giudiziaria non si esaurisce qui; il *procedimento di esecuzione forzata*, compie, quando ve ne è bisogno, l'opera riparatrice della giustizia. Vedremo però come il procedimento di esecuzione possa avere per suo fondamento, non solo la sentenza proferita in sede di dichiarazione, ma anche altri titoli. Per questo motivo, ed anche perchè non sempre la sentenza che dichiara il diritto può fornire il titolo per un procedimento di esecuzione (1), necessita trattare di questo come di un organismo processuale autonomo; ciò faremo nel libro terzo. Qui esamineremo il procedimento di dichiarazione nelle modalità sue, che variano col variare delle sedi giudiziarie e dei gradi di giudizio. Ma poichè ogni procedimento per dichiarazione di diritti si inizia normalmente coll'atto di citazione, è di questo che anzitutto dobbiamo tenere discorso.

229. Discussioni eleganti e gravi si agitano intorno alla distinzione suenunciata. Le si nega da alcuni un contenuto organico, perchè il ciclo di svolgimento del rapporto

(1) La sentenza che dichiara il diritto del convenuto respingendo la pretesa dell'attore come infondata, il più spesso non richiede esecuzione forzata, avendo per effetto la conservazione dello *statu quo*.

processuale viene considerato unico; e la finalità della azione viene indicata nella realizzazione del diritto; la sentenza, secondo questa opinione, non ha che l'ufficio di dichiarare il diritto preesistente, di fornirne cioè una prova sicura, in base alla quale, dal punto di vista dell'ordine giuridico, è legittimo concedere la forza coercitrice del potere pubblico per la reintegrazione del diritto subbiettivo. E, in questo senso, la sentenza non vale più di un titolo esecutivo contrattuale. Da altri si nega che gli atti del processo di esecuzione appartengano all'orbita della funzione giurisdizionale, ritenendo esaurito il còmpito sociale di questa con la dichiarazione del diritto, e ufficio proprio della funzione politico-governativa il provvedere materialmente (ove occorra, con la forza) alla esecuzione della sentenza. Altri, da un punto di vista opposto a entrambi questi due, considera la funzione sociale degli organi di giurisdizione siccome coordinata a due forme di rapporti processuali o di azioni, l'azione dichiarativa, che tende a ottenere una sentenza; la esecutiva, che in virtù della sentenza, oppure di altro titolo a ciò riconosciuto idoneo dalla legge, tende a ristabilire in fatto nella loro legale integrità i diritti violati.

Entrare nelle intimità scientifiche di siffatte discussioni, in un libro elementare, sarebbe prematuro. Tuttavia notiamo in breve, che è erroneo escludere il rapporto processuale esecutivo dall'orbita della funzione giurisdizionale; imperocchè questa si sostanzi nell'attività peculiare che lo stato esercita per mezzo di organi idonei, a fine di garantire nelle relazioni soggettive fra i privati, o di costoro con gli organi amministrativi pubblici, la costante e corretta osservanza della norma giuridica (diritto obbiettivo); al che, per poco che si rifletta, è facile intendere come non serva soltanto la dichiarazione del diritto, ma convenga, nei casi contingibili, il completamento sostanziale della esecuzione forzata. E gli atti di questa, mentre sono disciplinati nelle forme in guisa da corrispondere e riescire allo scopo, non possono, nel loro svolgimento, rappresentare altro se non la pretesa del soggetto di un diritto di ottenere la prestazione a questo corrispondente, in conformità alla norma

giuridica. Rientrano dunque, per le forme e la finalità, nel carattere e nell'attributo della funzione giurisdizionale. Che se talvolta ne è affidata (massime in alcune moderne legislazioni straniere) la direzione od esecuzione materiale a organi non giurisdizionali, sempre però esiste ed è sensibilissima la dipendenza di quelli dai giurisdizionali; e ogni contrasto o difficoltà giuridica che arresti l'opera materiale degli uffici di esecuzione è devoluta al giudizio dei magistrati: onde l'autorità della giurisdizione è presente ognora, più o meno visibile, nel processo di esecuzione, a garanzia del suo svolgimento e della sua finalità.

Nè la sentenza, d'altra parte, è semplice prova del diritto, come i titoli contrattuali esecutivi. La confusione o assimilazione fu possibile in passato, perchè i titoli esecutivi contrattuali erano veri titoli giudiziali, creati con sanzione giurisdizionale a tener le veci di sentenze. Oggi, come vedremo nel secondo volume (n. 783 e seg.), è per opportunità che la legge conferisce forza esecutiva a certi titoli, *presumendo* che non vi sarà contrasto sulla dichiarazione del diritto attestato in essi; pronta però ad aprire il ***giudizio di dichiarazione*** intorno al loro contenuto, appena il contrasto si annunzi. Onde le altre due opinioni appariscono del pari, per nostro avviso, inaccettabili, riferendoci, quanto al valore della sentenza, in relazione al diritto dichiarato, alla nozione del rapporto processuale già stabilita (v. n. 13). L'ultima si accosta di più al vero, pur non raggiungendolo, per l'erroneo apprezzamento intorno al titolo esecutivo contrattuale e per l'esagerazione del distacco organico e funzionale fra il processo di dichiarazione e quello di esecuzione; i quali invece costituiscono una sequela coerente e razionalmente ordinata delle manifestazioni proprie della attività giurisdizionale, secondo lo scopo politico-sociale di questa funzione sovrana dianzi avvisato. Sono due parti di un meccanismo, ciascuna delle quali può dare un prodotto utile anche isolatamente; ma dall'armonia del loro funzionamento si ha un prodotto più complesso e consistente, che è la finalità più completa della tutela giurisdizionale. Onde, se i processi sono organicamente distinti, la unità della funzione a cui servono è effettiva e concreta.

TITOLO I.

LA CITAZIONE

CAPO I.

Forme ed effetti della citazione.

230. La necessità del *contraddittorio* nei giudizi civili è già stata diffusamente spiegata (n. 22 e seg.). Per stabilirlo, è manifestamente indispensabile che il convenuto sia dall'attore *chiamato in giudizio,* a meno che due litiganti *convengano di presentarsi insieme al magistrato*, per invitarlo a decidere sul loro piato. La *vocatio in jus*, la citazione, è però la forma più generale e ordinaria di iniziamento dell'azione, attesa la difficoltà che due cittadini tra loro dissenzienti sieno entrambi sempre, o tanto spesso, in buona fede, da adire volontariamente il magistrato. Il nostro codice (art. 37) espressamente dichiara che *ogni domanda è proposta con atto di citazione, salvo che la legge stabilisca un'altra forma, o le parti compariscano volontariamente, osservate del resto le forme proprie di ciascun procedimento.* Il codice francese (art. 7) ammise la validità della comparizione spontanea delle parti, solo nei giudizi avanti il *giudice di pace.* Non pare dubitabile che sia stata mente del nostro di riconoscerla permessa in qualsiasi sede di procedimento; ma in pratica crediamo che non potrebbe ricevere applicazione questa forma di iniziamento di un giudizio se non presso i conciliatori e i pretori; attesochè innanzi ai tribunali ed alle corti, l'obbedienza all'obbligo fatto dalla legge di *osservare del resto le forme proprie di ciascun procedimento* non si potrebbe conciliare colla comparizione volontaria. Nei giudizi che si svolgono dinanzi ai probi viri, essendo

prescritto un preventivo esperimento di conciliazione, il rinvio alla sede contenziosa viene ordinato dall'uffizio di conciliazione, giusta l'art. 33 della legge 15 giugno 1893, e in luogo della citazione viene, quando occorra, notificato un avviso di comparizione a cura della cancelleria (articolo citato).

Dall'art. 37 appare che vi sono *altri modi* specialmente determinati dalla legge, per proporre alcune domande. A questi casi eccezionali abbiamo accennato nel n. 33; nella maggior parte di essi, sebbene il primissimo atto di chi si vuol rendere attore, sia *un ricorso*, pure la domanda deve essere concretata subito dopo in una *citazione;* onde vi ha piuttosto la sembianza che la realtà della eccezione.

231. La *vocatio in jus,* che dovette nei più antichi tempi essere semplicemente *verbale,* e trovò la sua guarentigia nella *pubblicità*, col progredire dell'incivilimento venne tramutata in un invito a presentarsi al giudice, comunicato per iscritto a mezzo di un pubblico ufficiale di ciò specialmente incaricato. Tale è la norma che, dal diritto giustinianeo in poi, salve rarissime eccezioni, fu sempre osservata.

Notasi però una differenza fra i varii sistemi che hanno disciplinato la citazione. Nel mentre taluni legislatori abilitarono le parti a richiedere *direttamente* gli uffiziali giudiziari per eseguirla, altri vollero che l'esercizio della funzione dell'usciere fosse preventivamente autorizzato dal giudice. Il nostro codice, come il francese e i due sardi, ha preferito il primo e più semplice partito (v. n. 56); l'altro sistema, temperato però dal benefizio delle intimazioni per mezzo della posta, è tuttora mantenuto nella procedura austriaca.

I legislatori sardi, seguendo l'antica distinzione fra la *vocatio in jus* e la *editio actionis*, stimarono che dovessero discernersi e differentemente caratterizzarsi codeste due parti della citazione. Non vollero certamente ripristinare la forma medievale, in cui il convenuto era invitato a comparire e solo davanti al magistrato riceveva notizia della domanda e del suo oggetto. La *editio actionis* forma parte necessaria della citazione, giacchè sarebbe incivile che il convenuto non fosse posto in grado, mercè la completa

conoscenza della domanda, di apprestare le sue difese; d'altronde ne soffrirebbe la celerità del procedimento. Se non che, considerando essere la esposizione della domanda e dei suoi motivi opera personale dell'attore, il quale deve avere la libertà e insieme la responsabilità di concepirla e stenderla a suo grado, così fu diviso l'atto di citazione in due parti: la prima contenente la domanda colle sue ragioni di fatto e di diritto, stesa e firmata dall'attore o dal suo legale rappresentante; la seconda, la vera e propria *vocatio in jus*, contenente la citazione avanti il giudice e la certificazione della consegna nelle forme di legge, fu riservata all'usciere e doveva essere da lui sottoscritta.

Codesta divisione, conforme a criteri razionali, era stata accolta pure nel progetto Pisanelli; fu poi abbandonata nella definitiva redazione del codice, per seguire l'esempio francese e fare della citazione un atto unico, apparentemente redatto per intiero dall'usciere (ora *ufficiale* giudiziario), e da lui solo sottoscritto (art. 132). Diciamo, *apparentemente* redatto dall'usciere; poichè fu tanto riconosciuta la necessità dell'opera della parte o del suo difensore per guarentire l'esattezza della *editio actionis* che si dovette disporre (nell'art. 87 del regolamento generale giudiziario) aver diritto l'usciere di ricevere dalla parte richiedente la citazione, scritte e *da essa sottoscritte,* le indicazioni occorrenti per compilarla. E l'art. 4 della tariffa annessa alla legge 7 luglio 1901 sugli onorari dei procuratori stabilisce il compenso dovuto al difensore *per la compilazione dell'atto di citazione*, insieme al quale vengono nello stesso articolo menzionati pure altri atti (offerta reale, richiesta od offerta di prezzo o di merci) che, per la forma legale, sono semplici atti di usciere. Onde molti preferirebbero, e non a torto, che si richiamasse in vigore l'abolita distinzione, la quale distinguendo i confini dell'uffizio e della responsabilità dell'usciere e rispettivamente del procuratore servirebbe anche in modo più logico e preciso per disciplinare ed applicare le sanzioni legali della imperfezione o del difetto dei singoli elementi dell'atto di citazione.

232. Il nostro codice ha accettato da quello sardo del 1859 la distinzione menzionata nell'art. 132 fra la cita-

zione per biglietto e la citazione per atto formale. La citazione per biglietto che sostituì quella *orale*, già ammessa in Piemonte per le controversie di minima entità, è una forma di citazione più semplice, ma non priva di guarentigie. Non è, come si potrebbe supporre, una semplice *vocatio in jus;* ma, sebbene concisa, deve contenere pure l'*editio actionis*. L'uso della medesima è permesso nelle cause non eccedenti il valore di lire cento, siano esse per ragione di materia di competenza del conciliatore o del pretore; ma non si estende agli atti di appello nelle stesse cause. La legge 31 marzo 1901 l'autorizzò anche per la controcitazione a breve termine, sia innanzi ai tribunali che alle corti di appello (v. n. 263). Ed è dalla stessa legge, non che dal codice, conceduta la forma del biglietto, come semplice avviso di comparizione, anche in altri casi che verremo ordinatamente accennando. Nel biglietto di citazione devono essere indicati: 1° il giorno, il mese e l'anno della notificazione; se la citazione sia per comparire a ora più tarda nello stesso giorno devesi anche indicare l'ora della notificazione; 2° il nome e cognome dell'attore e del convenuto; 3° l'oggetto della domanda; 4° il giudice innanzi a cui si deve comparire; 5° il giorno e l'ora della comparizione; 6° la persona a cui l'usciere ne ha effettuato la consegna; 7° il nome e cognome dell'usciere e l'autorità giudiziaria alla quale è addetto, oltre la di lui sottoscrizione (art. 133). È superfluo dire che il nome e cognome dell'usciere quando si leggano chiari nella sottoscrizione non è necessario si trovino anche inseriti nel contesto dell'atto. Quanto all'*oggetto della domanda,* purchè non vi sia *incertezza assoluta* su ciò che l'attore pretende, potrà venire indicato in quella forma che sembrerà più opportuna; si suole adottare quella di una *conclusione*, o concreta istanza al giudice, in cui è accennata, come meglio conviensi, anche la causa del domandare. Altre osservazioni faremo appresso, le quali sono comuni all'atto formale di citazione.

233. La citazione formale (art. 134) è la specie ordinaria e più completa nella quale le due parti costitutive *(actionis editio* e *in jus vocatio)* sono sviluppate in tutti i loro elementi.

Primo ed indispensabile requisito è anche qui *la data* (1); il testo non richiede all'uopo altre indicazioni che quelle *del giorno, mese ed anno della notificazione;* ma nei casi di citazione per comparire *ad ora indicata*, converrà pure che si indichi l'ora della notificazione.

Intorno alla importanza della data dobbiamo fare le seguenti osservazioni. La citazione ha un doppio effetto; quello di *iniziare il giudizio* e quello di operare la *costituzione in mora* del convenuto. Come atto di costituzione in mora dà origine bene spesso alla decorrenza degli interessi (art. 1232 e 1233 del codice civile), e in genere stabilisce a carico del debitore l'obbligo del risargimento dei danni (articoli 1223 e 1225 codice citato). Ed è ancora come atto di costituzione in mora che interrompe la prescrizione (art. 2125 codice citato); il che fu molto saviamente statuito dal nostro legislatore, conferendo codesta attitudine alla citazione al pari di qualunque altro atto che costituisca in mora l'obbligato; di tal guisa è spiegato perchè la citazione avanti a giudice incompetente produca l'effetto interruttivo; essa non è efficace come citazione, ma è un atto giuridicamente esistente, vale a dire idoneo a costituire in mora; mentre la citazione *nulla,* o *perenta,* o *abbandonata*, si ha per *non esistente* e quindi le è negato l'effetto medesimo (articolo 2128 codice citato) (2). Del rimanente, l'attitudine ad operare costituzione in mora la citazione l'ha comune con altri atti giudiziali (precetto, sequestro). Comunque, basterebbe siffatta qualità sua per riconoscerne *elemento essenziale* la data, che lo è poi anche dal punto di vista del semplice effetto processuale, sia nei riguardi del *termine a comparire* che in quelli della *perenzione d'istanza*, come si vedrà più tardi.

La giurisprudenza e gli autori riconoscono ammissibili gli *equipollenti*, in surroga delle tassative indicazioni che

(1) Nell'art. 134 il requisito della data fu aggiunto con regio decreto 6 dicembre 1865.

(2) I giuristi francesi non riescono a spiegare l'analoga differenza nel loro diritto, perchè il loro codice civile non attribuisce effetto interruttivo a qualunque valido atto di costituzione in mora, come fa invece il nostro. Il diverso trattamento fra la citazione nulla e quella avanti giudice incompetente è da loro considerato poco meno che un capriccio del legislatore.

sogliono usarsi per munire un atto della data. È indispensabile tuttavia che si tratti di designazioni precise, concordanti e chiare, altrimenti non sarebbero idonee.

La data non si potrebbe dire mancante, quando essa esistesse almeno in uno degli esemplari, sia quello dello attore o quello del convenuto, poichè essenzialmente non manca allora la prova del giorno in cui la citazione fu notificata. Se vi fossero date discordanti nei due esemplari, e le parti non convenissero nel riconoscerne una per vera, dovrebbe dirsi mancante la data, per assoluta incertezza, a meno che concorressero evidenti circostanze per stabilire la verità dell'una e la erroneità dell'altra.

234. In secondo luogo l'art. 134 prescrive che siano indicati il nome e il cognome dell'attore, il nome, il cognome e la residenza, o il domicilio, o la dimora del convenuto. I nomi delle parti occorrono naturalmente per la *editio,* essendo *le persone* dei contendenti i fattori subbiettivi del rapporto processuale. L'indicazione della residenza, del domicilio o della dimora del convenuto serve per stabilire il luogo nel quale è da fare la notificazione; e molte volte anche, come sappiamo, per giustificare la competenza territoriale del magistrato.

La *editio actionis* si compone inoltre di vari elementi, compresi nei numeri 2 e 3 dell'art. 134; essi sono:

a) L'esposizione *dei fatti in compendio,* e degli *elementi di diritto* che costituiscono la ragione dell'azione. Ogni domanda giudiziale, fu già notato (n. 28), consta di un *tema di fatto* e di *ragioni di diritto*, che insieme ne rappresentano la causale e la giustificazione. Allo svolgimento loro è dedicato l'intiero giudizio; nella citazione conviene che siano riassunti in modo succinto ma non oscuro, tanto che il convenuto possa sapere senza incertezze su quali fondamenti poggia l'azione.

b) Le *conclusioni della domanda.* In esse si riepiloga lo scopo della lite intentata; nelle conclusioni sta quanto l'attore chiede che il giudice pronunzi; esse concretano la ampiezza delle sue pretese ed insieme forniscono il criterio per la determinazione della competenza assoluta. Niun testo del codice vieta di apportare cambiamenti, nel corso del

giudizio, alle conclusioni della citazione. Sono quindi permesse all'attore, oltre le modificazioni della *causa petendi* che possano convenire alla migliore giustificazione della sua domanda, anche quelle mutazioni, in più o in meno, che *non alterino la specie dell'azione proposta* ma rendano la domanda più conforme a giustizia (v. n. 140). Se l'indole originaria dell'azione per i cangiamenti proposti riescisse snaturata, come nella ipotesi di un vero e proprio mutamento di *oggetto della domanda,* il convenuto potrebbe opporsi all'esame di siffatte varianti, fondandosi sul disposto dell'art. 37, giacchè le nuove domande non sarebbero state introdotte *con atto di citazione* ed egli non avrebbe avuto la garanzia processuale della chiamata in giudizio e del relativo termine per prepararsi alla difesa. Ma se le parti sono consenzienti a discutere su qualsiasi nuova domanda, il giudice non deve d'ufficio respingerla, fuori del caso in cui risultassero violate le ragioni della competenza assoluta.

c) La *offerta in comunicazione dei documenti* per originale o per copia. Quando la domanda venga fondata sopra documenti, indicati direttamente o indirettamente nella citazione, deve il convenuto averne comunicazione, sia perchè essi integrano i motivi della domanda, sia perchè egli ha diritto di discuterne la concludenza e la validità. Del resto i documenti possono anche essere offerti in comunicazione durante lo svolgimento della istruttoria: nè tutti quelli che potranno occorrere all'attore è mestieri siano menzionati nella citazione. Ciò sarebbe spesso impossibile.

d) La *indicazione della cosa* che forma oggetto della domanda, colle particolarità che servono a determinarla. Il bisogno di tale indicazione si verifica più spesso nelle azioni *reali.* La cosa dovrà essere sommariamente descritta. Trattandosi d'immobili, è da tener conto, come di norma opportuna, della regola stabilita per la loro identificazione nell'art. 1979 del codice civile.

235. Perchè la posizione delle parti sia perfettamente eguale, è mestieri che al convenuto sia indicata la personale residenza dell'attore o un luogo dove potergli notificare, nel corso del giudizio, gli atti che non siano da notificare al procuratore. Perciò è prescritto nel num. 5 dell'art. 134 che

l'attore *dichiari* nella citazione la propria residenza, od il proprio domicilio, che può essere anche *eletto*, per l'occasione, in luogo di suo gradimento. Se l'attore non ha residenza nello stato, lo scopo della legge non sarebbe raggiunto colla semplice dichiarazione; in questa ipotesi l'attore è tenuto ad *eleggere domicilio* nel comune dove risiede l'autorità giudiziaria adìta, indicando anche, per le conseguenze previste nell'art. 40 (v. n. 55), una persona od un uffizio presso cui l'elezione s'intenda effettuata. Nei giudizi commerciali essendo permesso alle parti di difendersi in persona, si trovò necessario che fosse sempre imposta l'elezione o dichiarazione di domicilio o la dichiarazione di residenza nel comune dove risiede l'autorità giudiziaria adìta (art. 134, n. 5, e 393). Quando l'attore residente nello stato si vale della facoltà di *eleggere un domicilio*, dovrà, qualunque sia la natura della lite, attenersi alle prescrizioni suenunciate, cioè eleggerlo nel comune dove siede il magistrato con designazione di persona o di uffizio come domiciliatario.

236. La citazione deve contenere ancora *la indicazione dell'autorità giudiziaria davanti la quale si deve comparire* (art. 134, n. 4). Si comprende come questo sia elemento sostanziale della *vocatio in jus*. È comune parere che la designazione debba essere fatta *nominativamente* e che la formola d'invito a comparire davanti l'*autorità giudiziaria competente*, non soddisfi al precetto della legge, potendo infatti, specie nei riguardi della competenza *relativa*, rimanere incerto quale sia il magistrato che l'attore ha intenzione di adire. Indicando il magistrato devesi pur fare invito al convenuto perchè comparisca innanzi ad esso; non sono richieste all'uopo espressioni sacramentali.

237. Una regola molto importante, destinata a garantire la libertà di difesa del convenuto, è quella che riguarda il *termine per comparire*, l'intervallo di tempo, cioè, che deve essere lasciato fra la notificazione dell'atto di citazione e il giorno in cui scade o si verifica per lui l'obbligo di presentarsi in giudizio per esporre le proprie difese. Un attacco che non lasci tempo alla difesa, è un sopruso che nessuna legislazione civile potrebbe permettere; e i casi eccezionali d'urgenza devono essere scrupolosamente previsti e regolati.

Ma il termine a comparire, se è indispensabile al convenuto, non è in generale meno utile per l'attore, il quale si giova dell'intervallo tra la data della citazione e il giorno in cui dovrà presentarsi al magistrato per completare tutto quanto può esservi ancora di meno perfettamente organizzato nella difesa dei propri diritti, o delle proprie istanze. L'indicazione del termine è parte integrante della citazione (art. 134, n. 6); ci riserviamo di esporre nel capo seguente le regole tutte concernenti questa materia, comprese quelle relative alla controcitazione (v. n. 263).

238. Nelle cause in cui è necessario il ministero del procuratore, è prescritto dal penultimo capoverso dell'art. 134 che venga indicato il di lui nome nella citazione. Veggasi in proposito quanto scriviamo al n. 255.

239. Infine è stabilito che la citazione sia *sottoscritta dall'usciere*. La firma dell'usciere imprime autenticità all'atto, che senza di essa non potrebbe avere valore giuridico; laonde è da reputare indispensabile che sia sottoscritta dall'usciere la copia destinata al convenuto, se questi deve riconoscere di essere legalmente citato in giudizio. Basta però che la firma sia apposta una sola volta, e cioè dopo la *notificazione*, della quale parliamo nei numeri seguenti. Si avverta che la firma dell'usciere ha anche l'altro scopo di mettere il convenuto nella possibilità di accertare la competenza di questo ufficiale. L'art. 175 della legge sull'ordinamento giudiziario, modificato colla legge 23 dicembre 1875, stabilisce quali sono i limiti in cui ciascun usciere, secondo che sia addetto ad una corte, ad un tribunale, o ad una pretura, può esercitare atti del suo ministero; e non pare dubitabile che la violazione di tali limiti importi nullità degli atti di citazione od altri, se l'articolo 2128 del codice civile parla di *nullità per incompetenza dell'ufficiale che ha eseguita la citazione od intimazione*. Di più, il codice di procedura, nell'art. 41, capoverso ultimo, commina in genere la nullità degli atti d'usciere che riguardino loro stessi, le rispettive mogli, i parenti od affini, sino al quarto grado inclusivamente.

240. Redatta la citazione (per biglietto o formale) essa non raggiunge l'intento della *vocatio in jus*, se non è *noti-*

ficata al convenuto. Ricordando le nozioni esposte ai n. 54 e 55 non abbiamo bisogno di illustrare maggiormente la disposizione dell'art. 135 dove è indicata come eccellente forma di notificazione la consegna fatta dall'usciere *alla persona* del convenuto. Notiamo come in questo articolo si ripeta che la copia notificata dev'essere *sottoscritta dall'usciere*; il che conferma quanto in proposito fu detto nel numero precedente.

Ma la notificazione al convenuto *in persona propria* può risultare impossibile, o perchè il convenuto non sia persona *capace*, o perchè non sia una persona *fisica*, o perchè l'usciere non riesca a trovarlo, o perchè la citazione si debba notificare in un domicilio elettivo. Per tutte queste ipotesi furono date norme chiare e specifiche nel codice: ad esse abbiamo alluso in fine del n. 54; ed eccoci ora ad esporle.

241. Le norme relative alla *capacità* per stare in giudizio come attore o convenuto sono già note (v. n. 44, 45). È tanto logico quanto intuitivo che la citazione per produrre l'effetto normale che le conviene debba dirigersi a individuo capace di stare in giudizio, sia egli chiamato in giudizio per la propria difesa, o lo sia per quella di altri in qualità di rappresentante. Infatti sono le norme di capacità preaccennate quelle che ispirano le distinzioni e i precetti che ora dobbiamo esporre.

Anzitutto l'art. 136 stabilisce che « chi non ha l'amministrazione dei suoi beni è citato nella persona del suo rappresentante ». Ciò riguarda le persone fisiche *assolutamente incapaci.* Per quelle colpite da *incapacità relative*, è invece mestieri che l'atto di citazione sia diretto non meno in confronto dell'incapace che della persona incaricata di assisterlo od autorizzarlo (capoverso primo del citato articolo). Potrebbe però mancare colui che deve rappresentare l'incapace in via assoluta, o assistere l'incapace in via relativa; oppure queste persone potrebbero avere nel giudizio un interesse opposto a quello dell'incapace. In simili casi, se non è già designato e costituito un supplente, l'attore non deve soffrire ritardo all'esercizio del suo diritto; nè il convenuto deve patirne danno. Onde è data facoltà all'attore medesimo, prima di far notificare la citazione di chiedere,

con *ricorso*, al conciliatore, al pretore, od al presidente del tribunale o della corte innanzi a cui dev'essere promossa la causa, la delegazione, mediante *decreto*, di un curatore speciale al convenuto. Questo curatore si troverà surrogato nella podestà del genitore, tutore, curatore, o marito, a norma dei casi (capoverso secondo del citato articolo). Il curatore non è obbligato ad anticipare spese; è quindi prescritto all'attore di fornirgli i mezzi pecuniari per la difesa (art. 300 regol. gen. giud.), salva rivalsa, se vincerà la lite, sul patrimonio del soccombente che sia condannato al relativo rimborso. Se poi l'attore è ammesso al beneficio del gratuito patrocinio, questo rimane esteso di diritto anche agli atti del curatore speciale (citato articolo del reg. gen. giud.).

242. Gli enti collettivi (società, fallimento) devono essere citati nelle persone di coloro che sono abilitati ad agire per essi (v. n. 47 e 48). Il che significa, in altre parole, doversi, per la regolarità della citazione, indicare in essa individualmente e per nome la persona del rappresentante citato; giacchè, se vi fosse designato soltanto l'ente rappresentato, riescirebbe spesso impossibile stabilire la esattezza, e quindi la regolarità, dell'atto. È da notare che le disposizioni date, rispetto ai fallimenti ed alle unioni di creditori, nell'art. 137, sono oggidì sostituite da quelle dell'art. 699 del codice di commercio.

Si avverta ancora che l'art. 137 non fa menzione che delle società *di commercio*. Quanto alle società *civili*, in coerenza a ciò che fu detto nell'antecedente n. 47, le citazioni per essere regolari dovrannosi notificare a tutti i loro componenti od a colui che è investito, per pubblico e idoneo mandato, della comune rappresentanza anche in giudizio.

Gli enti morali possono abbisognare, anche per difendersi in giudizio, di autorizzazioni superiori, come fu già osservato (n. 46). Ma è chiaro che la loro citazione è completa, quando sia eseguita in confronto di quella o di quelle persone che hanno l'uffizio diretto della rappresentanza. Il simile dicasi delle pubbliche amministrazioni. Quindi (art. 138) per i comuni, le provincie, gli istituti pubblici e generalmente i corpi morali riconosciuti dalla legge, le citazioni si notificano al sindaco, al presidente della deputazione provinciale, al rettore, capo o superiore dell'ente convenuto,

ovvero a colui che per designazione ed incarico legale ne fa le veci (assessore anziano, consigliere delegato, vicepresidente di un'opera pia, ecc., ecc.). Per le amministrazioni dello stato, è principio generale che la notificazione si faccia a chi le rappresenta nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria adìta. Ed il reale decreto 25 giugno 1865 ebbe anche a designare partitamente, pei singoli dicasteri amministrativi, quali siano le autorità centrali o locali a cui può essere validamente notificata una citazione. S'intende poi che dove l'amministrazione è rappresentata da un uffizio al quale appartenga un certo numero di impiegati, è sempre il suo *capo* quello che possiede l'attribuzione in discorso (art. 8 del reale decreto 8 gennaio 1876).

243. In conformità a quanto fu altrove notato (n. 50), le citazioni dirette contro il patrimonio privato del re, o la lista civile, non si notificano al capo dello stato in persona, ma bensì ai capi dell'amministrazione di codesti beni, che rappresentano rispetto ad essi il re, nei rapporti civili. È pure a richiesta di questi rappresentanti che si iniziano le azioni ai medesimi interessi relative. Sebbene non vi concorrano ragioni politiche, è accordata *honoris causa* una uguale prerogativa alla regina e ai principi della famiglia reale (art. 138 capoverso ultimo).

244. Rispetto ai rappresentanti od assistenti di cui sin qui abbiamo parlato la legge dispone che ad essi devono essere *notificate le citazioni;* ma questa espressione va spiegata nel senso principale che ad essa il legislatore intese attribuire; cioè, nel senso che debbano tali rappresentanti essere *chiamati a comparire* in giudizio, benchè però *nella qualità* di cui sono rivestiti e per cagione della quale vengono citati. Insomma non è solo la materiale consegna dell'atto, ma la *vocatio in jus* vera e propria che debbe principalmente a loro riferirsi. Si controverte nella pratica sulla necessità che sia indicato il nome del funzionario pubblico quando si cita un'amministrazione dello stato, opinando molti che basti designare l'uffizio personale di colui che deve essere citato. Ma noi pensiamo che sarebbe imperfetta la citazione « *al Sindaco* del comune di ..... » ovvero « all'*Intendente di finanza* od al *Presidente della deputazione provinciale* di ... »,

e via dicendo; imperocchè la citazione essendo in tutto e per tutto atto dell'usciere, e non entrando nell'uffizio di lui di certificare le qualità e le funzioni degli individui con cui il ministero suo lo pone a contatto, non è lecito conferire valore di prova indiscutibile all'implicita affermazione che egli verrebbe a porre in essere, che cioè è veramente il sindaco, l'intendente, ecc., quella persona innominata a cui notificò la citazione. In caso di contumacia, donde desumerebbe il giudice la prova che la provincia od il comune siano stati realmente citati nella persona del loro capo? Solo dalla fede nell'usciere, che manifestamente viene estesa così fuor dei limiti che la legge le assegna (1). È però indifferente che la menzione del nome del rappresentante citato sia scritta in un luogo o in un altro, purchè sia contenuta nell'atto di citazione.

245. Superfluo aggiungere che anche alle notificazioni da farsi ai rappresentanti od assistenti predetti è da applicare in principalità l'articolo 135; essi devono cioè venir notificati preferibilmente, in quanto sia possibile, mediante consegna della citazione *alle persone* citate. Ora vediamo, in generale, come si provveda quando la persona del convenuto o citato non si possa trovare.

---

(1) Tanto per le pubbliche amministrazioni come per gli altri enti morali o collettivi si disputa se sia necessario indicare nella citazione il nome dell'individuo che ne assume la rappresentanza in giudizio, o se basti indicare il nome dell'ente attore, nel modo che solitamente serve per identificarlo. Noi crediamo che per la regolarità tipica dell'atto di citazione occorra la menzione individuale e nominativa del rappresentante della parte attrice, come di quello della parte convenuta, senza concludere però, *per la nullità in ogni caso* di mancanza. L'art. 134, al n. 1, senza distinguere caso da caso, impone che si indichi *il nome e il cognome* dell'attore; e con *il nome e il cognome* si identifica appunto una persona fisica determinata. D'altronde sembra giusto che il convenuto possa dalla citazione rilevare ogni elemento per apprezzarne la validità; quindi che possa, ricevendola, apprendere da essa se veramente la richiesta di citazione fu fatta all'usciere da chi aveva diritto di farla; in altre parole, se egli si trova in presenza di un legittimo contraddittore. In pratica si tende per lo più a minore severità; ciò si spiega considerando che innanzi al magistrato la questione è proposta mediante una eccezione di nullità, che molto spesso ha l'apparenza di un artifizio dilatorio; infatti, il convenuto che compare sana con la comparizione il vizio dell'atto, posto che vizio ci sia, come noi pensiamo. Intorno agli effetti della comparizione del convenuto, v. n. 352 e seguenti.

Dove si notifica la citazione, ossia si istituisce la ricerca della persona? Mentre per la *competenza territoriale* il domicilio e la residenza sono parificati, la notificazione della citazione è invece da effettuarsi, sempre che si possa, alla residenza, e solo ove questa non sia conosciuta, al domicilio (articolo 139). Dà ragione della differenza il riflettere che lo scopo delle discipline nella presente materia è di garantire alla notificazione la maggiore possibile *realtà* e *certezza*. Il convenuto si troverà più spesso e più facilmente nel luogo di sua dimora *abituale* (residenza) anzi che in quello fissato talvolta fittiziamente, tale altra per via di un apprezzamento legale o di una astrazione (domicilio). Adunque, se la *persona* è trovata dall'usciere, *in qualsivoglia località*, sarà bene notificata la citazione consegnandola ad essa. In caso diverso, la notificazione seguirà alla residenza o al domicilio, come s'è detto. Per le società di commercio e gli enti morali od amministrativi o gli istituti di qualunque genere che si citano nella persona del rappresentante, la *residenza* è quella dove funziona l'uffizio o l'ente di cui trattasi; mancando una sede speciale, la residenza è quella dell'amministratore o rappresentante da citarsi (art. cit., capov. primo).

Di chi non ha domicilio nè residenza noti, si farà ricerca nel luogo dove si sa che dimora. Veramente la *dimora*, come luogo per la ricerca personale, dovrebbe anteporsi alla stessa residenza, ma ben considerò il legislatore che l'informarsi giorno per giorno dei cangiamenti ch'essa può ricevere, sarebbe onere troppo grave; e quindi l'ha posta in terza linea (art. cit., capov. secondo).

246. *A chi* si dovrà *consegnare* la citazione in uno o nell'altro di codesti luoghi, supposta l'assenza del convenuto?

Gli studiosi comprendono agevolmente che qui, con lo stesso linguaggio della legge (art. cit., capov. terzo), parliamo di *consegna*, perchè la citazione è sempre *notificata* al convenuto; solo la materiale *consegna* può venir fatta in altre mani che le sue (v. n. 54).

Le persone che la legge obbliga od abilita a ricevere la consegna sono quelle che hanno ordinaria frequenza di relazioni e contatti col convenuto; e la menzione delle medesime è fatta in una serie sufficiente per provvedere al più grande

numero dei casi; la legge le dispone in ordine che degrada dalla massima alla minore abitualità ed intimità di contatti (art. cit., capoversi terzo, quarto, sesto).

Primi dunque sono menzionati gli individui della famiglia, come quelli che anche per comunanza di interesse economico o morale avranno spontanea sollecitudine di far nota al citato la domanda giudiziale direttagli, affinchè possa difendersi. Dopo di essi, gli addetti alla casa od al servizio. Nella mancanza e degli uni e degli altri si effettua la consegna al portinaio o ad un vicino, *purchè accettino* e sottoscrivano l'originale dell'atto in segno di ricevuta. Le due condizioni hanno entrambe piena giustificazione. Un estraneo non è *obbligato* a ricevere la notificazione. Il citato, i suoi famigliari, addetti, o domestici, non possono rifiutarla; ed in qualunque modo l'usciere lasci presso di loro la citazione, malgrado la riluttanza che oppongano, la consegna sarà sempre ben fatta. Se l'estraneo si ricusa la legge provvede per contrario ad una forma sostitutiva di notificazione. E siccome nel caso che il portinaio o vicino *accetti* la citazione, non si ha, nella qualità dei suoi vincoli col convenuto, una guarentigia di zelo molto solida e sicura, vuolsi la sua firma nell'originale, come promessa ed impegno della responsabilità che assume di curare con diligenza la trasmissione della copia al citato. Ripetiamo che, malgrado tutte queste circospezioni, il legislatore potrebbe forse raggiungere più presto e meglio lo scopo suo adattando il servizio postale a coadiuvare l'opera degli uscieri nelle notificazioni giudiziarie.

Al rifiuto del portinaio e dei vicini si supplisce colla affissione di un *avviso* alla porta della abitazione del convenuto e col *deposito* della copia della citazione nelle mani del sindaco o nella casa comunale. L'avviso conterrà semplicemente l'indicazione della esistenza della citazione e del deposito fattone all'uffizio comunale (art. 186 regol. generale giud.). Il sindaco non ha alcun obbligo di ricercare il citato, nè di trasmettergli la citazione, fin che egli non si presenti a ricercarla; per il che non vi ha ombra di guarentigia in codesta forma. Il sindaco, o chi per esso, riceve la copia della citazione nella casa comunale, e ne rilascia ricevuta firmando l'originale.

Le persone che vivono a bordo di una nave mercantile od appartengono al suo equipaggio hanno residenza o dimora in essa. Non potendo applicarsi interamente le regole suesposte nei loro riguardi, la legge dispone che qualora non si trovino in persona, sia permesso consegnare la citazione al capitano della nave od a chi ne fa le veci (art. citato, capoverso settimo).

Pei militari *in attività di servizio*, nell'armata di terra o di mare, e gli individui loro assimilati, la notificazione che non sia fatta *in persona propria*, ma all'ordinaria residenza od al domicilio, molto spesso riescirebbe priva di effetto reale, attesa la lontananza permanente e forzata del citato, e, non di rado, la ignoranza in cui si trovano i parenti od amici della attuale sua dimora. Da altra parte era troppo grave prescrivere all'attore di seguire il convenuto dove realmente trovisi. Quindi il legislatore (art. 143) ha provveduto con un temperamento. La citazione che non sia notificata alla persona, ma nella residenza o nel domicilio (ordinario od elettivo), deve essere inoltre rimessa, in copia, all'uffizio del pubblico ministero funzionante presso il tribunale nella cui giurisdizione è promossa la lite. Il pubblico ministero deve farne l'invio al comandante militare o a quello marittimo da cui dipende lo stesso territorio del giudice adìto; e questi a sua volta ne cura la trasmissione all'interessato (1). È da tener presente però che la citazione si considera notificata sino dal momento in cui l'atto è consegnato al pubblico ministero (art. 144).

247. Due obblighi complementari incombono all'usciere nell'esecuzione delle pratiche di cui si è fatto cenno. Quello, in primo luogo, di consegnare la copia della citazione soltanto nelle mani di una persona capace per sanità di raziocinio e per età di apprezzare l'importanza dell'incarico che assume. La legge, per fissare quale età debba avere il consegnatario (capov. quinto dell'art. 139), trovò opportuno di riferirsi a quella in cui si acquista la capacità di far testimonianza (anni quattordici), appunto perchè chi ritira la

(1) A quest'effetto l'usciere deve fornire al ministero pubblico la designazione del corpo a cui il militare appartiene (art. 187 regolamento generale giudiziario).

copia sia in grado di attestarne giudizialmente, nel caso di contestazioni. Però è ammesso che l'usciere non abbia debito di adoprare nelle sue indagini più che un moderato rigore: quindi la consegna è regolarmente fatta a persona che *apparisca* sana di mente e in età legale. La legge vuole che la capacità si presuma *fino a prova contraria;* cioè attribuisce alla implicita attestazione dell'usciere il valore d'una presunzione *hominis*, che può essere distrutta mediante prova contraria, senza bisogno di iscrizione in falso.

Il secondo obbligo è quello di far menzione nell'atto di notificazione di tutte le particolarità relative al suo eseguimento (art. 139, capov. ultimo), cioè la ricerca del convenuto alla sua residenza, e successivamente al domicilio, ed alla dimora; la qualità del consegnatario dell'atto; la causa per cui si consegnò invece che a queste ad altre persone, ecc. E tutto ciò per accertare la osservanza della legge, il cui intento è di non ammettere le forme di notificazione meno certe, se non quando siano ineseguibili quelle reputate più certe.

248. Tutto l'adempimento di queste formalità fa parte della *notificazione*, la quale pertanto è una specie di *processo verbale* o di certificato che fa fede dell'operato dell'usciere. E come tale, nel mentre che ha valore di *piena prova*, si distingue anche nettamente dalle altre parti della citazione, specificate nell'art. 134, delle quali il maggior numero contiene la ripetizione che fa l'usciere di fatti esposti e di dichiarazioni espresse dalla parte richiedente, e solo due, la data e la menzione della richiesta, sono suggellate dalla piena fede derivante dal carattere pubblico dell'usciere, laonde non potrebbero essere impugnate nella loro verità intrinseca se non mediante *querela di falso.*

249. Nel caso di notificazione al domicilio eletto presso una persona od un uffizio (art. 140), la *consegna* della citazione si farà nei modi sopradetti, iniziandola colla ricerca della persona o del titolare dell'uffizio presso cui fu eletto il domicilio (v. n. 55). Come fu detto già, la legge vuole per la elezione del domicilio la forma scritta, ma non prescrive espressioni speciali e tanto meno sacramentali. Non è però da confondere la elezione di domicilio con la

indicazione del luogo in cui si vuole effettuare un pagamento o adempiere altra obbligazione. Quantunque tale designazione venga a sostituire, per i suoi effetti, il domicilio reale, che è il luogo dove per regola l'obbligazione personale dev'essere adempiuta, vi è una notevole differenza fra i due casi. Nel primo (elezione di domicilio) la volontà si manifesta nel senso di autorizzare *la ricerca della persona* nel luogo indicato, *in qualunque momento e per qualunque scopo correlativo all'obbligazione o al contratto.* Nel secondo (luogo convenuto pel pagamento) il debitore esprime la promessa e quindi la volontà, di *far trovare* nel luogo designato *la cosa necessaria all'adempimento della obbligazione.* Non deriva, quindi, da questa semplice indicazione, la facoltà per il creditore di notificare nel luogo medesimo del pagamento gli atti giudiziali, in caso d'inadempienza; a meno che vi fosse speciale disposizione di legge in proposito.

250. Ma un individuo può *non avere domicilio* e nemmeno *residenza*, o, quel che fa lo stesso, l'attore può *ignorarli;* ed insieme può esserne *ignota* anche la *dimora.* La citazione allora viene fatta in forma speciale, sprovvista però di serie guarentigie (art. 141). Una copia è affissa alla porta esterna della sede del magistrato adìto; ed altra è consegnata all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale nella cui giurisdizione è promossa la lite. Infine un *sunto*, redatto e firmato dall'usciere, ne vien *pubblicato* nel foglio degli annunzi legali della provincia. Il pubblico ministero non deve fare veruna ricerca dell'interessato; quanto alla copia affissa, avendo già veduto (n. 176) come nel caso in esame l'attore possa scegliere il più delle volte il giudizio che a lui conviene, è ben poco presumibile che tale copia sia nota al convenuto. Infine sulla pubblicità non è da fare serio assegnamento, poichè il foglio degli annunzi legali, giusta la legge 30 giugno 1876, essendo destinato esclusivamente a questa materia, finisce coll'avere scarsa diffusione e non è realmente noto che ai pochissimi tenuti ad avervi dimestichezza per ragione d'uffizio o d'affari. È migliore il metodo del codice germanico (§§ 204, 205) che si giova pure della pubblicità, ma prescrive anzitutto

l'autorizzazione del tribunale all'uopo; poi stabilisce che la citazione sia affissa alla porta del tribunale in copia esatta, ed inserita per estratto *due volte* nel foglio degli annunzi legali del luogo (che è un giornale politico) ed *una volta* nel *Deutscher Reichsanzeiger* (gazzetta ufficiale dell'impero), non che in quegli altri giornali e per quel numero di volte che il tribunale trovi opportuno di destinare. Ciò elimina anche l'inconveniente del sistema nostro, secondo il quale basta siano ignorati *dall'attore e dall'usciere* la dimora, la residenza e il domicilio del convenuto, perchè si possa far luogo alla citazione nei modi ora detti.

251. Le forme medesime ora indicate si osservano per la citazione di chi non ha residenza, domicilio, o dimora nello stato, sia egli nazionale o straniero, quando però se ne conosca il luogo di residenza o dimora. In questo caso (art. 142) il pubblico ministero deve trasmettere la copia della citazione al ministro degli affari esteri, che ne cura la comunicazione al convenuto per le vie diplomatiche (1). Tanto la notificazione qui menzionata come quella dell'art. 141 si considerano compiute con l'adempimento delle formalità imposte all'attore; rimane invero troppo incerto il se e il quando la citazione potrà realmente venir conosciuta dal citato, perchè a codesto momento la legge possa riferirsi per qualsivoglia effetto.

252. Per ultimo è da accennare alla citazione *per pubblici proclami*, forma eccezionalissima che il codice permette (art. 146) quando quella individuale fosse *sommamente difficile* (e queste parole dicono tutto il pensiero del legislatore) per il *numero* delle persone da citarsi. A meglio accertare tale difficoltà concorre qualche volta la irreperibilità di molti degli individui da citarsi. Consiste questa forma nella citazione meramente *resa pubblica per la stampa*, e in quanto sia possibile, anche notificata a qualcuno dei convenuti, nei modi ordinari. Troppo scarsa essendo riconosciuta la pubblicità del foglio degli annunzi legali del luogo dove si

---

(1) L'art. 187 del regolamento giudiziario fa obbligo all'usciere di fornire a tale effetto, all'uffizio del pubblico ministero, l'indicazione della residenza del convenuto.

instaura il giudizio, è ordinata la stampa della citazione anche nella gazzetta ufficiale del regno. Non è però lasciata senza serie guarentigie la evidente necessità di restringere l'uso di simile forma al minor numero dei casi. Essa deve essere autorizzata preventivamente per decreto dell'autorità giudiziaria che si intende adire, la quale è tenuta a sentire il voto del pubblico ministero. Siccome presso le preture ed i conciliatori non v'è codesto uffizio, le autorizzazioni devono, pei giudizi di loro competenza, essere richieste al tribunale od alla corte d'appello da cui rispettivamente dipendono (capov. art. cit.). La domanda di autorizzazione è fatta mediante *ricorso* (art. 188 regol. generale giudiz.), come materia da trattarsi senza contraddittore, e vale solo per il grado del giudizio che si tratta d'iniziare. Il codice ha cura di dichiarare che, nell'accogliere l'istanza, il tribunale o la corte potranno imporre le *cautele consigliate dalle circostanze;* tali potranno essere la reiterazione dell'inserzione, ovvero la pubblicazione in qualche altro giornale, ecc. (1).

253. Dopo aver passato così in rassegna le diverse formalità e i modi di adempierle, dobbiamo indicare un caso particolare in cui è permesso citare il *rappresentante convenzionale* della parte. È stabilito nel capoverso dell'art. 142, che colui il quale non ha nello stato residenza, domicilio, nè dimora, ma vi tenga un *procuratore generale*, può essere citato nella persona del medesimo. Il nome di procuratore generale, nel linguaggio del codice civile (articolo 1741), significa il mandatario incaricato in genere di tutti gli atti d'amministrazione. È dunque una facilitazione che accorda la legge, giacchè un simile mandatario non possiede veramente i poteri della rappresentanza giudiziale. Ma è da ritenere che un procuratore investito *specialmente* della facoltà di rappresentare in giudizio il mandante, potrebbe

(1) Tale forma di notificazione non si può estendere ad altri atti, e particolarmente alle sentenze, poichè la legge la ammette in modo eccezionale per l'atto di citazione. Converrebbe quindi che fosse autorizzata espressamente per altri atti, come lo fu in qualche legge speciale. La giurisprudenza del consiglio di stato ha ritenuto che per il ricorso alla quarta sezione (equivalente, come il ricorso per cassazione, ad un atto di citazione) possa essere, in via eccezionale, ammessa la validità di questa maniera di notificazione.

essere citato in di lui vece, se anche questi abbia nello stato la residenza, il domicilio o la dimora.

La scelta tra le due forme di citazione è libera per l'attore; e la citazione del procuratore non deroga alle norme della competenza per territorio, giacchè il convenuto è sempre il mandante; quand'anche egli avesse eletto domicilio presso il mandatario, sarebbe semplicemente facoltativo citarlo al foro di questo domicilio.

254. L'importanza capitale che possiede l'atto di citazione rispetto a tutto il giudizio rendeva indispensabile che la legge, all'ordinamento delle formalità, aggiungesse le opportune sanzioni. Quindi ne è comminata la nullità:

1° Se vi manchi la sottoscrizione dell'usciere, o quella del vicino o portinaio, del sindaco o suo incaricato che riceve la copia. Relativamente alla sottoscrizione dell'usciere veggasi l'osservazione fatta nel n. 239. Ciò che importa, *in tutti i casi*, è che sia firmata la copia che si consegna al convenuto od a chi per esso. Nel caso di sua comparizione in giudizio egli non potrebbe dunque opporre la nullità pel difetto di firma nell'originale. Ma se egli si rende contumace, e nell'originale manca la firma, la citazione sarà dichiarata nulla, non potendo il giudice, davanti a simile irregolarità, presumere regolare la copia notificata (art. 140, n. 1).

2° Se per inosservanza delle altre regole stabilite negli articoli 133 e 134 vi sia incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda, o sul termine a comparire, o sull'autorità giudiziaria davanti a cui è promossa la causa. Qui si tratta di violazione di forme *essenziali*, onde la legge dopo averle indicate sommariamente, le abbandona al particolare apprezzamento del giudice nei singoli casi. La incertezza del termine a comparire può dipendere dalla mancanza od incertezza *della data* (dalla quale appunto il termine decorre); quindi la sanzione della nullità pel difetto o per i vizi della data può considerarsi qui stabilita implicitamente dal legislatore (art. cit., n. 2).

3° Se siansi violate le norme relative alla persona *che deve essere citata;* il che riguarda specialmente i casi di rappresentanza o di assistenza d'incapaci od enti morali (art. cit., n. 3 in principio).

4° Se siansi violate infine le norme relative *alla notificazione*, quelle cioè che riguardano la persona a cui deve essere consegnata la copia, oppure le affissioni degli avvisi e delle copie, od anche il loro deposito o la consegna in uffizi pubblici (art. cit., n. 3 in fine e n. 4). Se la nullità riguarda *la notificazione*, la citazione è nondimeno idonea a impedire ogni decadenza di diritto o di termini, purchè sia rinnovata nel nuovo termine da stabilirsi dall'autorità giudiziaria (capov. dell'articolo citato). Si suol dire in proposito che sarebbe ingiusto far ricadere sulla parte in modo troppo grave le conseguenze d'un errore che è tutto dell'usciere. Quindi, se da un lato ne deriva una parziale restrizione al senso pratico dell'art. 2128 codice civile, bisogna d'altronde limitare l'applicazione del capoverso dell'art. 145 ai soli vizi *della notificazione*, che sono quelli or ora mentovati. Sarebbe erroneo estenderla, per esempio, anche alla designazione *del termine per comparire*, che può essere fornita e predisposta dalla parte. Non è lo stesso del difetto *della data*, che è veramente opera dell'usciere; essa stabilisce, in qual luogo, giorno ed ora la citazione *è notificata*, onde è elemento della notificazione.

255. Non è da escludere che per difetto di altri *elementi essenziali*, non contemplati dall'art. 145, la citazione possa venir annullata in base al precetto generale del primo capoverso dell'art. 56. Così dicasi delle citazioni per pubblici proclami; per esse non vi sono nel codice specifiche comminatorie di nullità, ma rimane sempre applicabile la norma predetta. In base alla stessa regola generale va risoluta inoltre la questione circa l'indicazione *del nome del procuratore*. Non sempre è *essenziale* nella citazione questo elemento; ma solo quando si tratti di citazione a *procedimento formale*, nei rari casi in cui ora può essere fatta, essendo quivi necessario che il convenuto sappia chi è il procuratore dell'attore, per potergli notificare la propria comparizione in giudizio, come vedremo nel titolo seguente. Occorre dunque in questo procedimento che il nome del procuratore dell'attore sia reso noto al convenuto, o colla citazione, o con un atto suppletivo, prima che scada il termine per comparire. Nelle altre forme di giudizio cessa,

per la mancanza dell'accennato motivo, di aver carattere di *essenziale* la formalità in discorso.

256. Si disputò sul punto se le *domande riconvenzionali* debbano essere proposte anch'esse mediante *citazione*. Chi sostenne l'affermativa ne volle dedurre le ragioni dalla regola generale dell'articolo 37; ma prevale l'opinione contraria, avvalorata pure dalle disposizioni che prescrivono la notificazione delle domande riconvenzionali all'attore contumace; in esse non vi è alcun cenno della necessità di citazione (capoverso dell'articolo 381 del codice e articolo 29 delle disposizioni 31 agosto 1901 sul procedimento sommario).

257. È argomento pure controverso l'ammissibilità del *cumulo soggettivo* di domande (v. n. 128). Taluni pretendono desumere dal citato articolo 37 una decisione contraria ad esso; ma per verità se anche più domande siano da diversi individui, *per titoli distinti*, riunite in una sola citazione, non per questo è lecito affermare che ciascuna domanda non si trovi proposta con citazione. La giurisprudenza in generale è favorevole a questa specie di cumulo, che giova specialmente all'economia delle liti e alla corretta uniformità dei giudizi, nei casi di *identità di questione*. Reputiamo tuttavia che, *come mezzo di difesa*, possa il convenuto dimostrare la convenienza di separare le istruttorie ed i giudizi su domande che non hanno fra loro vincolo legale di connessione; e il magistrato che riconosca tale convenienza provvederà in modo conforme. La regola esposta è da applicare anche ai casi di istanze riconvenzionali *non connesse* per alcuno dei titoli previsti dalla legge (art. 100 - v. n. 195) all'azione principale, ma soggette alla competenza del magistrato investito di questa, quando il convenuto, per siffatta considerazione, si fosse creduto autorizzato a proporle.

CAPO II.

Termini per comparire.

258. *Comparire* (in giudizio) non significa sempre presentarsi in persona, o per mezzo di procuratore, al cospetto del giudice, ma, secondo il linguaggio del codice, talvolta dinota invece il fatto di proporre, in forma scritta, una domanda, o di manifestar legalmente in tal forma la volontà di opporsi alla domanda dell'avversario. L'uno o l'altro valore del vocabolo riceve determinazione pratica dalla qualità del procedimento che il codice distingue in *formale* e *sommario*.

Nel procedimento sommario la comparizione si effettua all'udienza pubblica; nel formale mediante deposito di certi documenti nella cancelleria dell'autorità giudiziaria con notificazione correlativa. Per conseguenza, secondo il sistema del codice, il termine a comparire è assegnato nel procedimento sommario mediante la citazione del convenuto a presentarsi *a una determinata udienza* rispettando la distanza di tempo, fra la notificazione e l'udienza, stabilita dalla legge. Nel procedimento formale è assegnato, invece, con l'invito al convenuto *a comparire* od *a costituire il procuratore entro un certo numero di giorni*, che rappresentano il termine.

259. La legge 31 marzo 1901, di cui diremo fra breve, generalizzò l'uso del procedimento sommario, ordinando che le citazioni siano fatte in ogni specie di cause per comparire a udienza fissa. Permise che per accordo delle parti, o per convenienza riconosciuta del magistrato, sia ordinata la continuazione di una causa col procedimento formale. Perciò la comparizione ha luogo, nel sistema attuale, sempre all'udienza; e solo possono verificarsi due casi eccezionali di comparizione nei modi antecedentemente stabiliti per il procedimento formale. Il primo caso è quello di comparizione tardiva di una delle parti, in una causa della quale sia stata ordinata la continuazione col rito formale; ma in

questo non è da parlare di termine a comparire. L'altro è il caso in cui dopo la conversione del procedimento, occorra ripetere la citazione, ovvero chiamare in giudizio qualche persona, prima non citata; come nelle ipotesi di intervento coatto, di chiamata in garantìa, di riassunzione di istanza o citazione per costituzione di nuovo procuratore. In simili circostanze, e forse in qualche altra del pari eccezionale, dovrebbe naturalmente essere fatta la citazione secondo il rito col quale si tratta la causa fra le parti già costituite; e quindi il termine a comparire dovrebbe essere assegnato nel modo indicato dal codice nel procedimento formale.

Riteniamo che l'indicazione di queste ipotesi eccezionali abbia appena qualche utilità dommatica; essendo molto verosimile che il procedimento formale debba scomparire del tutto dalla pratica dei tribunali.

260. La dottrina non fornisce teorie per la determinazione dei termini a comparire; il legislatore deve ordinarli con criterio prudente ed avveduto, per evitare larghezze o restrizioni del pari ingiuste e contrarie allo scopo. Il metodo generale da adottare per la assegnazione dei termini, si fonda su certi elementi razionali. Anzitutto è manifesto che la lontananza dei luoghi sarà sempre un giusto motivo per proporzionarvi la lunghezza dei termini, pur dovendosi tenere conto della moderna molteplicità e rapidità delle comunicazioni. Ciò consiglia di respingere i sistemi in cui il termine è uniforme per qualunque distanza. Inoltre la più grave importanza della lite può suggerire che si conceda un maggiore agio ai preparativi di difesa. Ma in ogni caso le ragioni d'urgenza devono essere ammesse per derogare alle misure consuete, le quali, appunto perchè adatte ai casi ordinari, non lo sarebbero per quelli eccezionali. I termini rappresentano un *mezzo* per l'esercizio corretto della giustizia, non un *fine* di giustizia in se stessi.

261. Il nostro legislatore ha proporzionato i termini alle distanze dei luoghi; ma poichè le misure chilometriche da un punto all'altro del territorio dello stato avrebbero costituito un criterio di troppo difficile applicazione, seguì metodo più largo e di pronta percezione, cioè prese a considerare i rapporti di vicinanza delle varie circoscrizioni

territoriali giudiziarie, che all'uopo distinse come *limitrofe* o *non limitrofe* fra loro. Le maggiori circoscrizioni giudiziarie dividono il territorio dello stato in tanti circoli (per modo di dire), le circonferenze dei quali sono a contatto senza intersecarsi. Le minori circoscrizioni sono analogamente distribuite nell'interno delle maggiori. Perciò il concetto di territori giudiziari limitrofi o non limitrofi può avere esplicazioni diverse, e serve a raffigurare i rapporti topografici fra i territori medesimi. Due circoscrizioni *non limitrofe*, ma comprese in una stessa circoscrizione maggiore, sono più vicine di altre due parimente non limitrofe che appartengano a due circoscrizioni maggiori distinte; e secondo che a loro volta queste ultime siano limitrofe o non limitrofe ne deriva un rapporto topografico diverso fra le circoscrizioni in esse contenute. Così due mandamenti non limitrofi possono essere compresi nella giurisdizione del medesimo tribunale, o in quelle distinte di due tribunali, i quali a lor volta possono essere limitrofi o no, compresi nel distretto della medesima corte d'appello, o in due distretti limitrofi, o non limitrofi, e via dicendo.

Il criterio di assegnare termini più brevi quando si applicano a luoghi compresi in circoscrizioni giudiziarie più vicine, è il più semplice e facile nella pratica. Ma un'altra questione rimaneva da chiarire. Quali sono i punti estremi fra cui le distanze si devono misurare? Uno è evidentemente il luogo *nel quale si deve comparire*, quello cioè dove ha sede l'autorità giudiziaria adìta. L'altro da taluni legislatori fu considerato essere il luogo dove *si trova il convenuto;* il nostro codice, più razionalmente, indicò quello dove *viene eseguita la citazione.* Si è potuto vedere nel capo precedente come non sempre, nè necessariamente, essa si notifichi alla persona del convenuto, vale a dire nel luogo dove egli si trova. Il sistema del nostro codice è adunque logico. Dove è fatta la citazione, ivi la legge *presume* la presenza del convenuto, poichè tutte le varie forme di notificazione non sono altro che surrogati e succedanei di quella *alla persona.* D'altronde, quando la persona *non fu trovata*, riesce impossibile misurare la distanza fra il luogo *dove si trova*, e quello in cui deve comparire; e non è più una semplice finzione,

ma una necessità imprescindibile intendere per luogo dove si trova il convenuto quello dove si notifica la citazione.

262. I termini per comparire stabiliti dal codice sono distinti in tre serie: una di termini più brevi, per le cause di competenza dei conciliatori e dei pretori e per le liti commerciali di competenza dei tribunali e delle corti di appello, limitatamente a certi rapporti di distanze minori; una seconda di termini più lunghi, applicati rispettivamente ai medesimi rapporti di distanza, per le liti civili di competenza dei tribunali e delle corti d'appello (per i giudizi in cassazione vi sono termini speciali indicati al n. 701); una terza serie infine è composta di termini comuni alle competenze predette di tutti i giudici di primo e secondo grado, e riguarda le distanze più rilevanti, rispetto alle quali parve che non si potesse accordare per le cause minori un termine più breve che per le maggiori, prevalendo per la determinazione della sua misura la considerazione della distanza su quella della qualità della causa. Per le liti in materia di commercio, l'applicazione dei termini più brevi della prima serie predetta, fu ordinata dall'art. 876 del codice di commercio, che in questa parte modificò le norme del codice di procedura (1).

Pertanto il termine a comparire innanzi i conciliatori e i pretori e davanti ai tribunali e alle corti d'appello in affari di commercio, è di giorni *due* se il luogo in cui si fa la citazione e quello in cui si deve comparire sono nel territorio dello stesso comune; di *tre*, se in comuni diversi dello stesso mandamento; di *quattro* se in mandamenti limitrofi; di *sei* se in mandamenti non limitrofi ma compresi nella giurisdizione dello stesso tribunale; di *dieci* se in giurisdizioni di tribunali limitrofi, o comprese in quella di una medesima corte d'appello (art. 147). La *giurisdizione della corte d'appello* comprende tutto il distretto della medesima,

(1) Non si deve tacere che, essendo la brevità dei termini (da non confondere con la loro insufficienza) un coefficiente di buon ordinamento procedurale, sarebbe utile estendere alle materie civili di competenza dei tribunali e delle corti d'appello le diminuzioni introdotte dal codice di commercio per le materie commerciali, e si potrebbero altresì abbreviare, per tutte le giurisdizioni, i termini stabiliti ai n. 4 e 5 dell'art. 148.

come circoscrizione territoriale unica, anche dove vi sono sezioni staccate con giurisdizione territoriale propria (Ancona, Napoli, Parma).

Il termine a comparire davanti i tribunali e le corti di appello in affari civili è di *dieci* giorni, se il luogo in cui si eseguisce la citazione e quello in cui si deve comparire sono del territorio dello stesso comune o dello stesso mandamento; di *dodici*, se sono in mandamenti diversi ma nel circondario dello stesso tribunale; di *quindici*, se sono in giurisdizioni limitrofe di tribunali od in quella della medesima corte d'appello (art. 148, n. 1 a 3).

Il termine poi è di giorni *venti*, per qualunque causa di primo o di secondo grado, se il luogo della citazione e quello della comparizione sono in giurisdizioni non limitrofe di tribunali ma comprese in giurisdizioni limitrofe di corti d'appello; di giorni *venticinque in tutti gli altri casi* (n. 4 e 5 del citato articolo). Gli *altri casi* collettivamente designati dal legislatore sono, evidentemente, quelli che completano la serie delle ipotesi già fatte; e cioè, di luoghi in giurisdizioni di corti d'appello non limitrofe (1), ma soggette alla stessa corte di cassazione, ovvero in giurisdizioni di corti di cassazione limitrofe, od infine in giurisdizioni di corti di cassazione non limitrofe. Erra pertanto chi vuol applicare il termine di venticinque giorni, *costantemente*, alla citazione da farsi, nella forma dell'art. 141, al convenuto che non ha residenza, domicilio o dimora conosciuta. La misura del termine, lo ripetiamo ancora, non fu stabilita in relazione al luogo *dove si trova il convenuto;* perciò il legislatore, parlando di *altri casi*, non può aver alluso a quello di un convenuto che *si trova in luogo ignoto.* La misura è stabilita invece con riguardo alla distanza fra il luogo *dove si fa la citazione* e quello in cui *si deve comparire;* ora, il luogo dove si fa la citazione, nelle forme dell'art. 141, è un luogo noto e determinato; laonde dalla distanza fra esso e il luogo di comparizione si desume la misura del termine. Il che è di certo conforme al volere

(1) Le giurisdizioni territoriali separate dal mare non sono reputate limitrofe (art. 149).

della legge; nè giova invocare l'equità per [illegible]prezzamento chiara interpretazione letterale; il dire più equ[illegible]trato (1). zione di venticinque giorni anzichè di dieci, o di d[illegible]on si far comparire in giudizio colui che *non si sa dove sia*, [illegible] ha nessun valore logico; d'altronde, l'abbiamo già detto, il legislatore *presume* in tutti i casi che il convenuto si trovi là dove gli viene notificata la citazione.

263. I termini stabiliti nel codice sono *minimi;* tanto l'articolo 147 che l'articolo 148 lo esprimono chiaramente. Potrà dunque l'attore assegnare termini *superiori*, non mai *inferiori* a quelli legali. Quando avvenga però che l'attore assegni alla comparizione un termine tanto lungo da riescire nocivo all'interesse del convenuto il protrarre per tutta la sua durata la attesa del giudizio, gli è data facoltà di ridurlo in limiti *non inferiori a quelli legali.*

Tale facoltà, già ammessa nella pratica e convalidata dalla giurisprudenza, fu espressamente riconosciuta nella legge 31 marzo 1901 e precisamente nel capoverso dell'art. 1. Il termine che deve essere sempre rispettato dal convenuto *è quello minimo che l'attore avrebbe dovuto assegnare a lui;* dopo le spiegazioni testè fornite (n. 261) circa il criterio adottato dalla nostra legge per determinare nei varii casi la misura dei termini a comparire, è agevole intendere come possa accadere che il termine alla cui osservanza sarebbe tenuto il convenuto verso l'attore, se quello fosse attore e questo convenuto, potrebbe avere una misura legale talvolta *maggiore* e talvolta *minore* del termine che l'attore deve nel caso concreto osservare rispetto all'attuale convenuto. Ora la facoltà della controcitazione, o avviso di comparizione come anche è chiamata, non altera la qualità processuale rispettiva dei litiganti. E perciò il *termine minimo di comparizione* è sempre quello che l'attore doveva assegnare al convenuto a pena di nullità. Quello è il termine che l'attore stesso aveva dalla legge come utile anche per sè onde apprestarsi al giudizio (v. n. 237); nè il convenuto, per propria comodità, può diminuirglielo e tanto meno sopprimerlo.

Nelle disposizioni approvate col r. d. 31 agosto 1901 fu stabilito, nè certamente senza opportunità pratica, che non

come circoscriz… ssegnata dal convenuto, sezioni stac… 'il termine legale, debba Napoli… on le conseguenze previste …26). Ed è stato pur disposto alcuna delle parti, la contro- …ane *senza effetto;* vale a dire, …gnazione di udienza fatta dal- …one. Cadrà pertanto la iscrizione …tta in base alla controcitazione e …a in base alla citazione a tempo

nullità della controcitazione che asse- gnass… …minore del legale, giusta l'articolo 153 del codice; … …da rilevarsi d'ufficio nell'ipotesi di non comparizione dell'attore, ma sanabile invece con la sua comparizione (art. 190).

La controcitazione, giusta la legge 31 marzo 1901, si fa per semplice biglietto (v. n. 232). Tale disposizione va estesa per analogia anche ai giudizi di competenza dei pretori.

264. Se il termine assegnato non raggiunge il minimo stabilito dalla legge, la citazione è nulla (articolo 153); qui si verifica difetto di una formalità *essenziale*, e l'indicata sanzione è senza dubbio legittima. Ma l'articolo 145 parla anche di *incertezza assoluta* del termine, come un titolo di nullità. Fu disputato se il citare un convenuto a comparire *nel termine legale*, senza indicare concretamente il numero dei giorni, oppure a comparire *entro tanti giorni* senza indicare la data dell'udienza, contenga tale incertezza da produrre nullità. L'incertezza deve essere *assoluta;* è quindi da escludere che si verifichi nella seconda ipotesi; la assegnazione di un termine, che, per legge e per sua natura, sta *a favore dell'intimato*, esprime il concetto che egli debba utilizzare *tutto il termine;* quindi l'udienza che corrisponde alla scadenza del medesimo è manifestamente la sola designata e non vi può essere in proposito *assoluta incertezza*. Nella prima ipotesi potrebbe esservi qualche caso di vera incertezza, se l'interpretazione del *termine legale* fosse suscettibile di equivoco; ma non è dato stabilire un principio di inde-

clinabile applicazione e conviene lasciare l'apprezzamento delle circostanze al cauto discernimento del magistrato (1).

265. I termini che abbiamo rammentati dianzi non si reputarono adeguati al caso in cui si tratti di citare chi risiede e dimora all'estero. Quindi fu graduata a quest'effetto (art. 150) un'altra serie di termini, uniformi per qualunque sede e competenza di giudizio; essi sono: *quaranta* giorni per comparire da uno stato limitrofo; *novanta* da uno stato europeo non limitrofo; *centottanta* da uno stato non europeo. Anche questi termini, nelle condizioni attuali dei mezzi di trasporto, potrebbero essere diminuiti.

Inoltre, per le citazioni da farsi per mezzo di *pubblici proclami*, è stato prescritto che i termini vengano dalle corti o dai tribunali stabiliti, *secondo le circostanze* (art. 152), nel decreto di autorizzazione. La ragione ne è intuitiva; però essa vale a giustificare l'imposizione di termini eccezionalmente lunghi, non mai quella di termini più brevi dei legali.

---

(1) Da queste osservazioni si ricava una norma importante, per risolvere la controversia che attualmente nasce intorno alla validità e agli effetti della citazione in cui il termine a comparire sia assegnato secondo le regole già stabilite nel codice per il procedimento formale. Il convenuto al quale sia intimata una citazione per comparire « *entro il termine di giorni X* », non può altrimenti interpretarla se non nel senso spiegato nel testo, cioè come citazione a comparire *all'udienza che corrisponde alla scadenza del termine*. Ha quindi diritto di comparire a quell'udienza, facendo iscrivere la causa al ruolo (se occorra) e facendo dichiarare la contumacia dell'attore, qualora costui non sia comparso, con tutte le altre conseguenze di diritto. Tanto per questo caso come per tutti gli altri, se nell'ultimo giorno del termine non vi è udienza deve applicarsi la regola dell'art. 44 (v. n. 84 in fine). Negare questo criterio per giungere alla nullità della citazione, è, per nostro parere, eccessivo, e non trova sufficiente appoggio in verun testo. Bensì è giusto ritenere che se il convenuto si astiene da qualsiasi atto di comparizione, l'attore non potrà comparire con le norme del rito formale e seguire quel procedimento fino alla sentenza di condanna, senza dare al convenuto stesso il diritto di opporre la nullità di tutto il procedimento *per non essere stata osservata la formalità essenziale del giudizio*, consistente nella comparizione all'udienza; invero il convenuto può essersi dispensato dal comparire all'udienza, avendo accertato l'assenza dell'attore dal giudizio.

Inutile soggiungere che se l'attore avesse fatto citazione nella forma dianzi accennata, ed entrambe le parti effettuassero la loro comparizione secondo le antiche regole del procedimento formale, senza che fosse elevata eccezione, ciò produrrebbe lo stesso effetto come se fosse stata concordata all'udienza la continuazione della lite con quel procedimento.

266. La ragione del termine per comparire è propria del momento iniziale del giudizio. Gli ulteriori inviti a presentarsi innanzi al magistrato, per la continuazione del processo, quando occorrano, possono essere fatti utilmente con assegnazione di quel breve termine uniforme che sia assolutamente necessario perchè la citazione non colga l'intimato alla sprovvista. Questo termine è fissato a giorni 3 nell'art. 13 della legge sul procedimento sommario. Però la misura normale dei termini si impone di nuovo quando si deve far passare la lite ad altro stadio o grado di giudizio, per l'impugnazione di una sentenza.

267. Il rigoroso rispetto del termine, siccome da principio notammo, cede dinanzi all'urgenza di un giudizio; poichè se quello ha ragione dalla *utilità*, questa ha ragione dalla *necessità*. Indispensabilmente doveva preoccuparsene il legislatore. Sarebbe stato inopportuno lasciare senza controllo l'affermazione dell'urgenza, fornendo un facile pretesto all'attore per sorprendere il convenuto indifeso. Quindi, mentre si concede che, nei casi *i quali richiedano pronta spedizione*, i termini ordinari possano essere abbreviati, è prescritto che la domanda di abbreviazione sia presentata dall'attore, prima di far notificare la citazione, al conciliatore, al pretore, od al presidente del tribunale o della corte, che la accoglierà qualora ne riconosca il fondamento (art. 154). La domanda è fatta mediante *ricorso* dell'attore o del suo procuratore; su di essa si provvede con *decreto;* entrambi questi atti sono scritti in fine dell'atto originale di citazione predisposto (il che dimostra una volta di più come la *editio actionis* non possa essere opera che della parte o del suo procuratore) e vengono riprodotti anche nella copia da notificarsi (art. citato, e art. 189 regolamento generale giudiziario).

268. L'abbreviazione del termine ha certi limiti; infatti è sempre necessario che esso sia abbastanza lungo da permettere al convenuto, se non di preparare la difesa, almeno di aver *notizia* della chiamata in giudizio, e *tempo* per presentarsi. Quindi non è permesso ridurre i termini *a ore*, se non quando la citazione sia eseguita *nel comune medesimo* nel quale si deve comparire, e si tratti di comparire

davanti al conciliatore o al pretore, ovvero davanti un tribunale per affare commerciale. Il termine di dieci giorni per comparire avanti i tribunali civili può essere ridotto anche *ad un giorno solo*, che è certo sufficiente, nell'ipotesi contemplata dal n. 1 dell'art. 148. Tutti gli altri termini degli articoli 147, 148 e 150 sono riducibili non oltre la metà (cit. art. 154).

269. In una causa vi possono essere più convenuti, ai quali spettino singolarmente termini di comparizione diversi. È regolare che per ciascheduno sia rispettato il termine suo proprio, in ragione della distanza fra il luogo della citazione e quello della residenza del magistrato adìto. Ond'è che non occorre notificare la citazione a tutti contemporaneamente; ma se questo caso avvenga, colui al quale per simile circostanza fu assegnato un termine più lungo del legale non potrebbe servirsi della facoltà di abbreviazione sanzionata nella legge sul procedimento sommario (v. n. 263), ma dovrà subire quel maggior termine in omaggio al diritto degli altri convenuti. Se poi a tutti i convenuti fu assegnato un termine maggiore del legale e alcuno di essi vuole valersi della facoltà di abbreviarlo, deve a sua volta citare tutti gli altri convenuti e quindi non può oltrepassare, nella riduzione, la misura maggiore del termine legale che rispetto agli altri convenuti l'attore doveva osservare, computandosi in ogni caso il termine dalla data della controcitazione. Ciò fu stabilito, per evitare incertezze, nell'art. 1 delle disposizioni approvate col r. d. 31 agosto 1901, dove è richiamata, anche per questo caso, l'osservanza del capoverso dell'art. 151 del codice, che prescrive dovere tutti i convenuti essere citati (dall'attore, nell'ipotesi del codice) per la medesima udienza, salvo ad ognuno di essi il termine che gli compete.

Insomma, nel procedimento sommario, per ciascun convenuto, deve il giorno dell'udienza essere preceduto da un intervallo corrispondente al termine a comparire dovutogli, sia l'udienza quella stabilita dall'attore, o sia quella indetta a scopo di abbreviazione da altro convenuto.

Diversamente accade nell'ipotesi, oggidì eccezionale (vedi n. 259), di citazione a procedimento formale. In questo caso,

chi fa la citazione deve assegnare a ciascun convenuto il termine che gli spetta; ma è indifferente che la scadenza del termine sia in giorni diversi per i varii citati; nessuno può essere dichiarato contumace fin che non sia scaduto *per lui* il suo termine di comparizione; e perciò il controllo della legalità del termine non si fa contando i giorni che precedono quello della scadenza, come nel procedimento sommario, bensì numerando i giorni che seguono la data di ciascuna notificazione, in conformità ad analoga regola del primo alinea del citato art. 151.

TITOLO II.

PROCEDIMENTO DAVANTI I TRIBUNALI NELLE CAUSE CIVILI

CAPO I.

Notizie generali e storiche.

270. La legge del 31 marzo 1901 ha unificato, in sostanza, il procedimento innanzi ai tribunali, lasciando sopravvivere dell'antica bipartizione soltanto la possibilità contingente, e sempre più rara e disusata, che in corso di giudizio siano applicate a qualche controversia le regole del procedimento formale per favorire il più comodo svolgimento dell'istruzione. Di questo episodio processuale e delle modalità del rito che lo governa parleremo a parte (capo terzo) come di una accidentalità che può presentare il processo nello stato attuale della sua organizzazione.

In presenza dell'effettivo progresso segnato dalla legge del 31 marzo 1901, è superfluo discutere se, dopo trent'anni di attesa, sarebbe stato miglior consiglio mettere in disparte il progetto di una riforma parziale del procedimento di dichiarazione e volgere il pensiero al disegno più largo e fecondo di una revisione generale del codice di procedura civile, da cui poteva derivare l'opportunità di una ponderata e utile riforma di tutto il sistema di discussione e istruzione dei giudizi nella fase di dichiarazione. Il vasto e arduo còmpito incalza ormai i nostri legislatori; da ogni parte è reclamata una benefica riforma dei procedimenti esecutivi; anche il sistema probatorio ha mestieri di profonde correzioni per meglio servire ai fini dell'amministrazione della giustizia. Si parla pure continuamente della urgenza di ristaurare l'ordinamento giudiziario, dandogli

basi nuove che non dovrebbero lasciare intatta l'odierna ripartizione delle competenze. Come si vede, non c'è pezzo o parte dell'edificio che non sia destinata, presto o tardi, alla rinnovazione.

Intanto, tenendo per guida lo stato del vigente diritto positivo, come si addice agli scopi del libro, diremo rapidamente, in via preliminare, come siasi maturata e compiuta la riforma del procedimento civile, la quale ricevette definitiva sanzione mercè la legge 31 marzo 1901 e le successive disposizioni approvate col reale decreto 31 agosto dello stesso anno.

271. Il principale ufficio del procedimento di dichiarazione è quello di porre i litiganti nella possibilità e nella sicurezza di presentare al magistrato in modo chiaro e completo le ragioni di fatto e di diritto che stanno a fondamento delle loro pretese, disponendo inoltre il materiale della controversia con garanzie di ordine e di metodo, affinchè l'indagine giudiziaria percorra la buona e diritta strada della ricerca del vero. A tale non facile intento cospirano i due elementi dei quali si compone codesto procedimento: la *istruzione* e la *discussione*. La prima serve a raccogliere e ordinare le *prove* che ciascuna parte crede opportuno mettere innanzi al giudice, per la dimostrazione del proprio assunto di fatto, o per impugnare quello dell'avversario. In questa parte del procedimento la legge deve provvedere a due obbietti precipui: alla *libertà* di ciascuna parte nel fornire ogni prova utile al proprio fine; alla *moderazione* di tale libertà nel senso di non lasciare aperto il varco a indagini istruttorie illegali, o superflue, od inconcludenti, che invece di costituire garanzia di difesa per chi le promuove sono vessazioni, non di rado in mala fede, a danno dell'altro litigante. — La seconda serve a illuminare, col raggio della critica e col sussidio dei principii giuridici, il risultato della istruttoria; a far intendere al magistrato le ragioni e i fini delle prove addotte; a giustificare le istanze e le eccezioni rispettive. Questo secondo elemento del processo, che appena potrebbe essere stimato inutile se il magistrato offrisse *a priori* certezza di morale e intellettuale perfezione (il che è dalla natura umana assolutamente impedito), è sottoposto a sua volta a due condizioni del

tutto analoghe alle precedenti; imperocchè va armonizzata la ragionevole libertà di un'ampia e completa discussione, in condizioni eguali per i contendenti, con la giusta temperanza che eviti le tergiversazioni e gli espedienti dilatorii, pronti a soccorrere una causa cattiva e capaci, pur troppo, di soppraffare il buon diritto quando non siano efficacemente arrestati o repressi.

272. È facile esporre astrattamente simili concetti e riconoscerne la generica correttezza. Ma è difficile organizzare un procedimento il quale veramente e costantemente li incarni e li attui. La difficoltà è uguale per tutte le legislazioni; e lo studio del migliore metodo per vincerla è continuo fra i giuristi delle nazioni più colte e civili. Ed è caratteristico che certi concetti siano accolti contemporaneamente dagli studiosi e dai legislatori di varii stati, anche senza proposito di reciproca imitazione. Così è avvenuto che la nostra legge sul procedimento sommario, la quale ebbe lunga, ma non sempre attiva, elaborazione, nello stesso periodo di tempo in cui ferveva in Austria il lavoro ben più alacre e poderoso per la riforma di tutto il sistema processuale, abbia adottato alcuni criteri molto somiglianti a quelli che prevalsero nel pregevolissimo regolamento, colà pubblicato nell'agosto del 1895, vale a dire quando già erano fissate le linee fondamentali della riforma italiana.

Perchè di questa fosse avvertito il bisogno fin dal tempo più vicino all'attuazione del codice di procedura, si intenderà facilmente appena si consideri come in questo fosse organizzato il doppio procedimento, formale e sommario.

Il primo aveva il pregio indiscutibile di offrire alle parti ampie e comode vie per la istruzione e discussione delle liti. Ma accanto a questo pregio portava l'inconveniente di affidare la continuità e sollecitudine della trattazione giudiziaria allo zelo dei patrocinatori soltanto; di tenerne estraneo il magistrato quasi fino al momento della decisione, promuovendone l'ingerenza solo a tratti interrotti sia per dirimere con sentenze interlocutorie le eventuali controversie preliminari o incidentali, sia per dirigere l'esecuzione di particolari atti d'istruttoria. Questo intervento del magistrato, non iniziale e non continuo, non conferiva alla lite il vantaggio

di una costante direzione; richiedeva inutile dispendio per essere provocato; non serviva ad infrenare gli eccessi e le tergiversazioni che nella soverchia larghezza dei termini trovavano, anzi, stimolo ed alimento. Così, per dirla in una parola, il procedimento formale era troppo tardo e dispendioso per i bisogni di una soddisfacente amministrazione della giustizia.

273. Il procedimento sommario, d'altra parte, era una completa miniera di inconvenienti. Ristrette le sue discipline nell'angusto circolo delle pochissime dettate nell'art. 390. esso sembrava stabilito per liti nelle quali *non occorresse istruzione;* concetto assurdo, perchè non v'è lite che non abbia bisogno di poca o molta istruzione. Eppure, quando la legge disponeva che nell'udienza indetta con l'atto di citazione tutto si dovesse fare, comparizione e istruzione, discussione scritta ed orale, non era possibile eliminare il presupposto che la causa, per il suo oggetto, dispensasse da ogni apparato istruttorio. E nullameno rimaneva problematico che le parti fossero garantite sufficientemente nella discussione, la quale non può dirsi ordinata in modo serio e tranquillante se non è dato a ciascuno di *discutere*, cioè di esaminare le ragioni avversarie e difendersi contro di esse; il che, nella strozzatura di una discussione improvvisata all'udienza, era ben malagevole ottenere. Onde, appunto, parve da principio che il processo sommario meritasse gravissima censura, come quello che preparava trabocchetti e altre malefiche insidie ai litiganti di buona fede.

Vi erano talune categorie di cause per le quali la legge stessa faceva obbligatorio il procedimento sommario senza speciale riguardo al loro oggetto; tali i giudizi d'appello contro sentenze di pretori; tali le liti in cui l'amministrazione dello stato fosse attrice o convenuta (art. 389 codice proc. civ., art. 10 legge 20 marzo 1865, alleg. *E*). Nominiamo due categorie per le quali, intuitivamente, sarebbe stato impossibile negare *a priori* il bisogno di istruzione, che spesso occorre larga e complessa per la importanza delle controversie. Venuto in pratica il procedimento sommario, fu necessità cercare adattamenti per farlo servire anche all'istruzione. Vi si prestò l'estensione ad esso delle norme

del procedimento formale, ammessa *in quanto fossero applicabili* (art. 392 del codice). Grande discapito portava la impossibilità di estendere alla istruttoria la funzione giurisdizionale dei presidenti sulle controversie incidentali; indi la necessità (quasi per ironia e controsenso) che le istruzioni sommarie riescissero più lunghe e dispendiose, dovendosi sempre provvedere mediante sentenze, anche nella ipotesi di istanze consensuali. Ma all'angustia delle discussioni improvvisate all'udienza fu dato riparo mercè l'introduzione di un largo uso dei *rinvii*, che permisero di dividere in una serie di udienze il complesso delle operazioni preparatorie della disputa, eliminando gran parte dei pericoli accennati di sopra. E il ceto forense trovò che, dopo tutto, correggendo il rito sommario con le necessarie proporzioni di rito formale, si poteva ottenere il vantaggio di conservare alle liti l'elasticità e continuità di movimenti di cui erano prive nel rito ordinario formale; imperocchè nella procedura sommaria la causa viene immediatamente portata innanzi al magistrato; e, bene o male, rimane sottoposta con poca interruzione alla sua podestà direttrice e moderatrice.

L'art. 389, in relazione con l'art. 154 (v. n. 267, 268), rendeva possibile, con l'autorizzazione presidenziale non soggetta a sindacato veruno, la estensione del procedimento sommario a qualunque lite. Diventò ben presto così irresistibile l'impulso a preferire codesto procedimento, che i presidenti dovettero chiudere gli occhi sulla clausola dell'art. 154, che subordina alla necessità di *pronta spedizione* della causa, l'esercizio della loro facoltà. Così, tra le cause destinate per legge alla procedura sommaria e l'enorme quantità delle autorizzazioni presidenziali, non vi fu quasi nessuna lite *che venisse intrapresa col procedimento formale* (in media, meno del quattro per cento).

Diciamo: *che venisse intrapresa;* poichè, come accennammo, una parte ben notevole delle regole del procedimento formale si doveva applicare allo svolgimento delle istruttorie; e, dove erasi adottata all'inizio la procedura sommaria, ciò aumentava spese e perditempo. Tuttavia, con tacito quanto spontaneo accordo, la pratica forense italiana, in tutte le provincie, era venuta cercando un provvisorio

ubi consistam in codesto sistema, non sommario nè formale, il quale possedeva, massimo e forse unico pregio, quello di mantenere alla meno peggio il contatto non interrotto fra il magistrato e i litiganti nel corso del giudizio.

274. Se, nei primi anni di applicazione del codice, la riforma del procedimento sommario fu invocata soltanto per purgarlo dai suoi naturali difetti, nel tempo successivo, quando assurse alla importanza di procedura preferita e avidamente ricercata, più acuto e legittimo si avvivò il desiderio, perchè acquistasse idoneità perfetta a quegli uffizi di cui era rivelato il bisogno dalle tendenze della pratica; perchè si nettasse dai suoi difetti originari, e, finalmente, perchè la legge gli conferisse garanzia di uniformità, di validità, di stabilità, togliendolo dalle condizioni fittizie e precarie in cui l'azione di adattamento della pratica forense lo aveva collocato.

Ma per molti anni i legislatori, pur mostrandosi solleciti della riforma, non si palesarono altrettanto coscienti dei suoi scopi. Occorrerebbero troppe pagine per fare l'esatta storia di tutti i progetti che dal gennaio del 1868 fino al novembre del 1900 giunsero alla tribuna della camera od a quella del senato. Vi fu un periodo di grande alacrità di discussioni dal 1876 al 1881. Ma i disegni di legge che si succedettero allora innanzi al parlamento ebbero triste fortuna, quale in verità meritavano. Essi astraevano dalle necessità della pratica; e, quasi i loro compilatori opponessero una volontaria sordità alle chiare e alte voci della esperienza (1),

(1) Molti autorevoli collegi forensi (consigli dell'ordine e di disciplina), specialmente negli anni 1878 a 1881, quando parve più imminente la conclusione del lavoro parlamentare, intrapresero studi e pubblicarono i risultati di questi in forma di relazioni od altra simile, giungendo con significante unanimità a pari rigore di disapprovazione contro i varii progetti (non sostanzialmente dissimili tra loro) presentati dai ministri guardasigilli Mancini, Conforti, Villa. Io dettai nel 1879 una di tali relazioni per incarico del consiglio di disciplina dei procuratori di Mantova; essa fu particolarmente citata nella relazione presentata al senato, il 10 maggio 1879, dall'on. Giuseppe Miraglia, allora primo presidente della corte di cassazione di Roma. È notevole che la relazione Miraglia, approvata dal senato, tracciava le linee di un controprogetto molto migliore del progetto Conforti; il governo però non se ne diede per inteso. Alla fine del 1880 il senato, dimenticando la propria opera anteriore,

vedevansi architettare progetti fantastici e complicatissimi, tanto fermi nel proposito di serbare al procedimento sommario il carattere eccezionale datogli dal codice, quanto ostinati nel restringere i loro scopi a correggere, con

---

approvò con scarse modificazioni uno schema governativo, già votato dalla camera dei deputati. Contro tale progetto nella primavera del 1881 scrissi un lungo esame critico, inserito nella *Gazzetta legale*, il quale ottenne larga messe di adesioni. Ma nel 1891 il guardasigilli Ferraris riportava dinanzi al senato un progetto che, di nessuna critica tenendo conto, era anche peggiore dei precedenti, per quanto ad essi erasi con quello voluto aggiungere o variare. La mia modesta opera contro tale progetto, che rapidamente e con strana cecità era stato discusso e approvato in senato, dovette spiegarsi con eccezionale energia. Invitato dal comitato ordinatore del terzo congresso giuridico nazionale che doveva raccogliersi in Firenze nella primavera dello stesso anno, preparai una diffusa relazione sull'argomento, inserendo in essa un controprogetto in piena forma, nel quale studiai di trascrivere quelle regole che a me, e a molti di me più autorevoli, parevano dettate dalla voce viva della esperienza. Il congresso fu differito al settembre; e mentre la mia relazione era in bozze di stampa, la camera dei deputati stava per intraprendere con insolita sollecitudine l'esame del progetto deliberato dal senato. L'onorevole direttore della pregevole rivista giudiziaria milanese *Il Monitore dei Tribunali*. fu tra i pochissimi che non dormirono sul pericolo; per invito del prof. E. A. Porro, di cui ricordo il nome a titolo di onore, dettai uno studio critico del progetto, facendone l'anatomia e dimostrando fino all'evidenza la grossolana erroneità non solo del suo concetto fondamentale (che tendeva addirittura a restringere l'uso del procedimento sommario!) ma ancora delle regole in esso stabilite, tutte o quasi tutte d'impossibile attuazione e talune perfino contraddittorie in modo flagrante. Questo studio, inserito nel n. 19 del *Monitore dei Tribunali*. fu comunicato ai membri del parlamento. La camera dei deputati aveva già nominata una commissione per l'esame del progetto Ferraris. La commissione, persuasa della esattezza delle mie censure (eco di quelle, pur troppo inascoltate, ma universali del ceto forense) incaricò una sotto-commissione di studiare se e come convenisse opporre un controprogetto parlamentare al disegno ministeriale. Il relatore della sotto-commissione, on. Morelli, desiderò la comunicazione antecipata della relazione da me preparata pel congresso fiorentino, già approvata dalla commissione speciale per questo tema. Da qui ebbe origine l'elaborazione da parte di quella sotto-commissione parlamentare di un progetto intorno al quale potei scrivere nella mia relazione al congresso (dopo questi incidenti modificata necessariamente in alcuni punti) che *i lineamenti generali della riforma* da me proposta, « furono onorati in molta parte di benevola accoglienza « dalla sotto-commissione della camera dei deputati ». E indicai due punti di divergenza principali: obbligo (voluto dalla sotto-commissione parlamentare e da me non approvato) di presentare alla prima udienza la comparsa conclusionale insieme ai documenti dati in comunicazione; — determinazione dei rinvii al numero massimo di tre. Nell'un punto

empiastri più dannosi del male, il vizio originario per cui era apparso propizio alle insidie e alle sorprese; vale a dire, a sostituire l'art. 390 con un altro testo forse peggio concepito e certo assai peggio espresso (1).

---

come nell'altro si potrà vedere più oltre che la comune opinione del foro, da me propugnata, prevalse in definitiva. Per ultimare questi cenni di cronaca, soggiungo, che il congresso giuridico di Firenze nella adunanza del 10 settembre 1891 approvò interamente le mie proposte, dopo brevissima discussione. Il progetto della sotto-commissione parlamentare, adottato dalla commissione, fu presentato alla camera dei deputati, ma non venne discusso Una serie di nuovi progetti si susseguì nel decennio posteriore, ad opera dei ministri Bonacci, Gianturco, Zanardelli, Finocchiaro Aprile, Bonasi, e di nuovo Gianturco (presentato quest'ultimo il 26 novembre 1900, approvato dalla camera dei deputati il 30 gennaio 1901 e dal senato senza varianti il 26 marzo successivo). Ma in nessuno dei nuovi disegni furono alterate le linee fondamentali stabilite nella deliberazione del congresso fiorentino, pur essendosi migliorate talune particolari disposizioni, e forse in qualche altro punto essendosi, invece, fatto peggio; l'una e l'altra cosa sono nell'ordine degli eventi soliti ad accadere quando molti collaborano, separatamente e in tempi diversi, con corredo di studi, di esperienza, di idee, non conformi, ad una medesima opera legislativa.

Approvato il disegno presentato dall'on. Gianturco, che diventò legge sotto la data del 31 marzo 1901, fu sentito il bisogno di completarlo con disposizioni di coordinamento e di attuazione, che, in virtù dell'art. 15 della detta legge, furono delegate al governo. Per la redazione di queste disposizioni mi fu conferito speciale incarico di fiducia dall'on. Cocco Ortu, successore del Gianturco. Esse furono poi approvate con r. d. 31 agosto 1901; e con la relazione ministeriale che le illustrò furono pubblicate nella *Gazzetta ufficiale* del 9 settembre 1901.

Chiedo venia di aver dovuto parlare della mia persona, per esporre con esattezza una cronaca della quale non è forse inutile serbare memoria fedele.

(1) Nel progetto Ferraris, a somiglianza dei precedenti, si proponeva un articolo nuovo da inserire nel codice, a sostituzione del 390, composto di tredici capoversi, diventati quindici per opera del senato, ciascuno dei quali conteneva materia più che sufficiente per un articolo di legge di ordinaria misura. Cotale sforzo, prettamente meccanico, di far bastare un articolo a tanta e inconsueta mole di regole, riesciva fatale, impedendo di concepire con libertà e larghezza le linee del programma di una riforma completa. Io stesso, nel controprogetto proposto al congresso fiorentino mi piegai all'esempio, protestando però contro di esso e sostenendo la necessità che fosse dettata *una completa legge sulla procedura sommaria*. L'esortazione fu in parte ascoltata; chè i posteriori disegni governativi, l'ultimo compreso, assunsero la forma esteriore di una legge divisa in tanti articoli per quante sono le disposizioni singole. Ma rimase l'influenza del vizio originario; la legge del 31 marzo 1901, coi suoi quattordici articoli, tracciò solo schematicamente i principii della riforma; e nell'ultimo, il decimoquinto,

Dopo il 1881 vi fu un periodo di lungo silenzio; e la pratica forense continuò a consolidare l'adattamento del rito civile ai propri bisogni, secondo le linee generali di sopra indicate; tanto che, sebbene non cessasse di essere desiderata e desiderabile una legge sulla materia, parve meno urgente deliberarla, e si incominciò a vagheggiare che essa formasse parte di una riforma legislativa più larga e radicale (1).

275. L'idea di informare la nuova organizzazione del procedimento sommario ad un criterio sperimentale, seguendo la pratica nelle indicazioni sicure e decisive da essa fornite, si cominciò ad imporre nel 1891, come è spiegato nelle note illustrative apposte qui sotto. E poichè la pratica additava la necessità di rendere normale il procedimento sommario e di adattarlo convenientemente ai bisogni delle lunghe istruttorie e delle brevi, con una elasticità analoga a quella di cui era stato felicemente dotato nel codice il procedimento davanti ai pretori, gli intenti della riforma, finalmente deliberata con la legge 31 marzo 1901, furono i seguenti:

1° dare legale sanzione all'uso del foro che aveva generalizzato il rito sommario, spogliandolo del carattere di procedimento di eccezione;

2° fornire ai processi innanzi ai collegi il vantaggio, univocamente reclamato dalla pratica, della continua ed efficace direzione del magistrato sullo svolgimento delle liti;

3° assicurare a ciascuna lite un periodo istruttorio; largo e sicuro per i casi in cui occorra effettivamente giovarsene (il che *a priori* non è mai dato affermare nè escludere), sia che il bisogno dell'istruzione sorga dalla domanda dell'attore o dalla difesa del convenuto; — munendo però il

---

rivelò la consapevolezza delle lacune lasciate, affidando al governo la non lieve cura di colmarle. Da ciò la importanza delle disposizioni di coordinamento e di attuazione, sviluppate in cinquantotto articoli, il quadruplo di quelli della legge.

(1) Questo voto era stato espresso nella relazione al congresso di Firenze e non trovò colà oppositori. Vero che il meglio è nemico del bene. Ma intanto la urgenza di por mano a novelli studi di riforma del codice di procedura è pienamente sentita; e in parlamento si ebbero replicate richieste e solenni promesse di riforme ai procedimenti esecutivi, principale, ma certamente non unica parte di quel codice che reclami un salutare rinnovamento.

rito di acconce cautele, perchè serva anche alle necessità di istanze urgenti e di quelle che richiedono istruzione breve e semplice;

4° garantire la lealtà delle discussioni, in modo che la trattazione della causa all'udienza non diminuisca la tutela del buon diritto e non esponga nessun litigante al pericolo di tranelli o di insidie che al tempo stesso sorprendono la buona fede del magistrato e gli impediscono di compiere rettamente il suo alto ufficio;

5° mantenere, infine, la possibilità di applicare il procedimento formale in quei casi in cui l'interesse della lite e dei litiganti lo renda utile; sebbene l'ipotesi di simile utilità sia per verificarsi ben di rado, qualora la struttura del nuovo procedimento sommario e le particolari sue discipline rispondano in modo esatto e soddisfacente agli altri intenti innanzi menzionati.

CAPO II.

Del procedimento ordinario.

SEZIONE I. — *Della comparizione in giudizio.*

276. Supponiamo una lite della quale lo svolgimento proceda nel modo più semplice; ciascuna delle parti sostiene il proprio assunto *di fatto* mediante documenti, nè sorge disputa intorno al valore giuridico formale di questi. Perciò le discussioni si aggirano soltanto sulla *interpretazione* delle prove scritte e sulla *applicazione della legge* ai fatti che queste stabiliscono.

Dal tipo semplice passeremo ai più complessi dopo che la cognizione del meccanismo processuale del primo ci avrà agevolato la intelligenza delle regole a cui sono soggetti gli altri.

277. Della forma della *comparizione* abbiamo già parlato (n. 258). L'importanza fondamentale di questo atto è molto notevole. La citazione, sebbene certificata e resa solenne dall'opera di un *uffiziale addetto all'ordine giudiziario*, l'usciere, non si compie *in giudizio*, cioè previa cognizione

o deliberazione del magistrato. Essa è un semplice *invito* che l'attore fa al convenuto perchè si presenti in giudizio, manifestando la propria volontà di presentarvisi a sua volta. Fin che vi è soltanto una citazione notificata, per quanto regolarmente, il giudice ignora l'esistenza del contrasto fra le parti e non può avere obbligo alcuno di ingerirsene e tanto meno di pronunziare una decisione intorno ad esso. Perchè, adunque, il diritto di azione si spieghi come diritto dei privati verso lo stato per l'esercizio della funzione giurisdizionale, occorre che essi abbiano compiuto un atto il quale stabilisca, per così dire, *il contatto* fra la lite e il giudice, o fra le parti e il giudice. Quest'atto è appunto la *comparizione in giudizio* nelle forme legali. Si è conservata nel comune linguaggio forense la frase « contestazione della lite », sebbene l'istituto del processo civile romano corrispondente a tal nome sia del tutto scomparso dai moderni riti giudiziari. Or se quella frase può avere una applicazione in oggi, è, più o meno propriamente, per designare la comparizione; giacchè è lecito dire *contestata la lite* quando il processo è istituito; quando, cioè, l'esercizio dell'azione ha raggiunto la pienezza del suo sviluppo, rendendo attiva nel rapporto giuridico che ne è oggetto la funzione dell'organo della sovranità che per ufficio suo deve parteciparvi. Per conseguenza, se una citazione notificata non è seguìta dalla comparizione *di veruna delle parti*, il processo non prende vita; o, in altre parole, la citazione non produce *effetto processuale*. Essa produrrà in questa ipotesi i soli effetti di cui è capace nell'orbita del diritto materiale, come atto *di costituzione in mora;* effetti *conservativi*, cioè, delle ragioni degli interessati, non esclusa la conservazione del diritto di azione nei casi in cui sarebbe altrimenti perduto in virtù di prescrizione, o per altra causa estintiva. E la istituzione del processo non può essere ottenuta se non mediante *una nuova citazione* posteriore a quella che riescì processualmente inefficace. Tali concetti sono sanciti nel capoverso dell'art. 380 per i giudizi davanti i tribunali e nel primo alinea dell'art. 440 per quelli davanti i pretori; le due disposizioni presentano qualche diversità di espressione; ma è ragionevole attribuire ad entrambe identico significato; non si

capisce, infatti, perchè la disposizione dell'art. 140, che dice *la citazione come non avvenuta* nella ipotesi ora esaminata, dovesse spiegarsi nel senso di negarle (nei soli giudizi di competenza dei pretori) gli effetti *conservativi*. La legge dice *non avvenuta la citazione;* ma ogni citazione è pure atto di costituzione in mora; e come tale ha effetti indipendenti dalla comparizione, che è un atto posteriore e distinto.

278. Riflettendo a queste nozioni se ne deduce un interessante corollario. La notificazione della citazione è nell'arbitrio dell'attore, che può eseguirla, o astenersene, o soprassedervi, come giudica più utile. Una volta notificata la citazione, l'effetto processuale di essa, la trattazione del processo, è nell'arbitrio di entrambe le parti, con eguale misura di podestà. Vogliamo dire, che il convenuto, invitato dall'attore al litigio, ha diritto di comparire, cioè d'istituire il processo, piaccia o non piaccia all'attore di proseguire il giudizio. Comparendo entrambe le parti, o comparendo una sola di esse, dopo la regolare notificazione della citazione, il potere sovrano dello stato è sempre in obbligo, sulla istanza della parte comparsa, di eliminare con l'atto di giurisdizione (sentenza) il contrasto giuridico denunciato con la domanda giudiziale; il processo, in una parola, prendendo le mosse dalla comparizione, si svolge, in contraddittorio o in contumacia, portando l'azione alla sua ultima finalità. Questo tema sarà chiarito più completamente dove tratteremo dei giudizi in contumacia (n. 513 e seguenti).

Un corollario ulteriore, che qui può subito essere rilevato, si connette alla ipotesi testè menzionata, di non avvenuta comparizione di veruna delle parti, ed è questo: la nuova citazione, che la legge prescrive per ridare vita al processo, può essere fatta non solo a istanza dell'attore ma anche per diligenza del convenuto. Costui ne ha il diritto, una volta che la pretesa dell'attore gli fu ufficialmente contestata e che la prima citazione, quantunque rimasta sterile di effetti processuali, ne ha prodotto altri di diversa specie che possono nuocergli. Gli estremi del suo *interesse* a provocare, mediante la nuova citazione, il giudizio definitivo sul contrasto giuridico provocato dall'attore si delinea evidente. Il diritto di difesa e di liberazione da una molestia reputata

ingiusta è il fondamento di questo interesse. E sotto tale punto di vista si spiega e si legittima pure la facoltà del convenuto di *abbreviare il termine eccessivo* assegnato dall'attore (v. n. 263); poichè questa non è che una forma di esercizio del diritto che spetta al convenuto di far proseguire il processo innanzi al magistrato dopo la provocazione fattagli dall'attore con la citazione.

SEZIONE II. — *Dell'udienza.*

§ 1. — Nozioni preliminari.

279. In qual modo si inizii la trattazione del processo, cioè a dire, quali siano le modalità della comparizione, deve ora essere esposto.

Per disciplinare ordinatamente il servizio interno dei tribunali, il legislatore non ha stimato opportuno che i litiganti compariscano senz'altro in cospetto del magistrato, dopo notificata la citazione, nella udienza designata con questo atto. Ma fu imposta la formalità preventiva della *iscrizione della causa sul ruolo generale di spedizione* (articolo 390, primo alinea, del codice; ed ora, art. 3 della legge 31 marzo 1901). Questa formalità ha luogo pure nel procedimento formale, ma con effetto e in momento ben diverso, come si dirà più oltre (n. 326). *Il ruolo generale di spedizione* è un registro tenuto dal cancelliere (art. 214 regol. generale giudiziario) nel quale sono iscritte, in seguito a domanda delle parti, compilata con le indicazioni volute dal regolamento gen. giud. (art. 215), le cause che queste intendono portare alla cognizione del tribunale. L'iscrizione ha luogo in ordine cronologico, mediante numerazione progressiva. Nei tribunali divisi in più sezioni il presidente distribuisce le cause iscritte a ruolo fra le varie sezioni (art. 211, 212 regol. generale giud.). Effetto della assegnazione della causa ad una determinata sezione è una vera e propria attribuzione di competenza, così espressa nell'art. 213 del regolam. generale giudiziario: « Le cause e gli affari assegnati a una sezione sono *invariabilmente* trattati davanti alla medesima fino a sentenza od ordinanza definitiva ». La ragione ne è manifesta, non potendosi lasciare all'arbitrio del presidente di

mutare le sorti di una lite, come i colpi di vento mutano la rotta di un veliero, destinandola or a questa ed ora a quella sezione, seconda che preveda più facile presso l'una o presso l'altra la prevalenza dei criteri di decisione da lui desiderati. Ogni sezione, pertanto, costituisce un tribunale autonomo, che ha comune con le altre sezioni la competenza generale per territorio e che ne acquista una specifica e propria sulle cause che le sono assegnate (1).

L'iscrizione della causa a ruolo può essere richiesta da qualunque delle parti; non è uopo dire che deve precedere l'udienza. La legge 31 marzo 1901, nel citato art. 3, stabilisce che l'iscrizione sia fatta di regola *non più tardi del giorno precedente l'udienza*. Ma in considerazione di scusabili impedimenti e della possibilità di abbreviazione di termini, soggiunge nel capoverso che può essere eseguita anche nel giorno dell'udienza, prima dell'apertura di questa. Al che, salvo il caso di *necessità* per l'abbreviazione del termine, occorre *il permesso del presidente*, che può anche essere chiesto e dato *verbalmente*, nulla in contrario trovandosi disposto nella legge.

280. Il cancelliere deve poi trascrivere su altro registro (separato per ogni sezione) denominato *ruolo di udienza*, le cause assegnate a ciascuna udienza e sezione (art. 226 regol. gen. giudiz.). Così, all'aprirsi dell'udienza è irrevocabilmente fissata la lista delle cause che in essa saranno *chiamate;* dovendosi a chiarimento soggiungere, che nel ruolo di udienza, distinto appunto per ogni singola udienza in ordine cronologico, si riportano da una udienza all'altra le cause differite e si aggiungono quelle di nuova iscrizione. Argomentando dalla disposizione dell'ultimo capoverso dell'art. 226 del regolamento generale giudiziario, si dovrebbe ritenere che nel ruolo di udienza le cause siano registrate con ordine di precedenza come segue: prima quelle di urgenza, poi le commerciali, indi le contumaciali e in seguito le ordinarie. Non è facile l'attuazione di quest'ordine, che d'altronde il citato testo indica da seguirsi « *possibilmente* »;

(1) Di rado su questo argomento vengono esposte nozioni precise. Si può vedere nel senso e per l'applicazione dei concetti qui sopra enunciati: cass. Torino, 27 luglio 1901; *Giurispr. ital.*, 1901, 1, 1, 928.

nè l'utilità pratica è chiara, giacchè tutte le cause devono essere chiamate all'udienza e trattate se le parti lo chiedono; la quantità eccessiva di esse potrebbe fornire motivo al magistrato per differirne *d'uffizio* la trattazione di un certo numero ad altra udienza; quando il caso si verifichi, è ragionevole che il magistrato dia precedenza alle cause per le quali concorrono speciali motivi; e la legge d'altronde lo obbliga, con la disposizione dell'art. 348 del codice di procedura, a preferire le cause urgenti e le contumaciali.

281. Le udienze dei tribunali sono tenute in giorni ed ore preventivamente stabiliti, fino dal principio dell'anno (art. 105 del reg. gen. giud.) e sono pubbliche, ai sensi dell'art. 72 dello statuto e dell'art. 52 del codice. Quest'ultimo aggiunge però una disposizione di dubitabile bontà, autorizzando il magistrato, *sulla richiesta del pubblico ministero o di uffizio*, a ordinare che la discussione abbia luogo a porte chiuse « quando la pubblicità possa riescire pericolosa al buon ordine o al buon costume, per l'indole della causa ». Questa disposizione non tutela il *buon ordine*, non essendo possibile che la discussione pubblica di una causa civile lo esponga a serio pericolo; non difende il *buon costume*, perchè nelle poche controversie in cui vengono esaminati fatti immorali la pubblicità ha sempre luogo, come in ogni altra, sia per la stampa di memorie defensionali, sia per la notorietà che facilmente acquistano le sentenze; aggiungasi che il magistrato quasi mai è informato così completamente della causa da poter con sicurezza deliberare intorno a ciò in via preventiva; e il pubblico ministero, in generale, è ancora meno in grado di farne giusto apprezzamento. Così possono verificarsi arbitrii, mascherati da manifestazioni di puritanismo gretto e superficiale, togliendo una garanzia che può essere preziosa, in controversie che più dell'altre, forse, ne abbisognerebbero; e così l'abuso può anche convertirsi in sopruso, facilmente consumato quando il litigante cui giovi, o l'accorto e influente patrono, susurri all'orecchio del magistrato qualche abile parola, idonea ad eccitarne gli scrupoli; il che, se avviene di rado, è pur male che la legge tolleri o renda possibile. Nè a tal male vi è rimedio; la disposizione che esaminiamo stabilisce doversi *il provvedi-*

mento pronunziare in udienza pubblica e inserire *nel processo verbale;* il che stabilisce essere una *ordinanza collegiale* non soggetta a reclamo (1).

282. Dell'udienza del tribunale il cancelliere tiene un processo verbale in apposito libro, denominato *foglio di udienza.* Intorno ad esso detta alcune norme generiche il regolamento giudiziario nell'art. 248; vi devono essere registrati i nomi dei giudici e dell'ufficiale del ministero pubblico presenti all'udienza; l'ora in cui questa incomincia; un *cenno sommario* degli affari trattati, delle istanze verbali fatte dalle parti all'udienza, coi relativi provvedimenti; delle conclusioni pel ministero pubblico; delle speciali istanze ed osservazioni che esso esponga, o chieda inserirsi nel registro, non che dei provvedimenti sulle medesime emanate; dell'ora in cui l'udienza si chiude. La legge 31 marzo 1901, ampliando le facoltà del presidente all'udienza, stabilì (art. 14) che l'accertamento della non comparizione e tutti gli altri provvedimenti dati in udienza sono notati nel foglio di udienza, non sono soggetti a reclamo e le parti hanno diritto di averne copia. Con quest'ultima parte la disposizione dell'art. 250 del regolamento giudiziario che proibiva di rilasciare alcun estratto del foglio di udienza ad uso privato senza l'autorizzazione del presidente fu opportunamente abrogata. Nelle disposizioni di coordinamento 31 agosto 1901 furono impartite ancora altre norme relative al foglio di udienza: in esso devono essere registrati i rinvii, facendosi menzione delle parti comparse e indicando se siano stati ordinati d'uffizio o ad istanza di una delle parti, o per accordo fra esse; analoghe indicazioni devono esservi inserite nel caso in cui sia ordinata la cancellazione della causa dal ruolo (art. 27); devono esservi riassunte con chiarezza le istanze e dichiarazioni verbali delle parti e riportate le ordinanze del presidente (art. 44) (2); se l'ordinanza è pronunziata dopo

(1) Più correttamente, dovrebbe essere una sentenza e come tale impugnabile; perchè è di tal natura ed effetto da poter non solo pregiudicare ma ben anco manomettere il diritto di un litigante, garantito da precetti imperativi che sono altresì di ordine pubblico.

(2) Siccome il foglio d'udienza è in carta senza bollo, il citato articolo fa obbligo alla parte che provoca una ordinanza di istruzione di munirsi di una copia autentica della medesima da unire agli atti, in omaggio

l'udienza, secondo la facoltà riserbata al presidente, viene inserita in appendice al processo verbale (art. 45); la nomina del giudice relatore è annotata pure nel foglio d'udienza (art. 46); l'intervento del collegio, dopo esauriti i provvedimenti di speciale attribuzione del presidente (v. n. 301), è menzionato nel foglio d'udienza con l'indicazione dell'ora in cui avviene e dei giudici che vi partecipano, senza interrompere la compilazione del processo verbale (art. 47). Ancora nel foglio di udienza sono registrate le deliberazioni del tribunale sulle dichiarazioni di astensione dei giudici o dei membri del pubblico ministero (art. 254 reg. gen. giud.) e i provvedimenti dati nel caso di controversia sulla identità delle conclusioni lette all'udienza, in una causa formale, con quelle prese avanti la definitiva chiusura del periodo istruttorio (art. 256 cit. reg.); vi è inserita la domanda del pubblico ministero quando chiede di differire a una prossima udienza le sue conclusioni (art. 258, *ibid.*); e vi dovrebbero essere raccolte, giusta l'art. 260 dello stesso regolamento, le ragioni esposte *verbalmente* all'udienza nelle controversie sul rimborso di spese e onorari, derivanti da opposizione al provvedimento presidenziale di cui nell'art. 379 del codice (v. n. 510); però tale rito eccezionalissimo non suole essere applicato.

283. Da quanto precede è agevole intendere come il foglio d'udienza, per quanto sia un resoconto sommario, abbia sotto certi aspetti una grande importanza e possegga senza dubbio qualità di atto pubblico. Non ostante ciò, la compilazione di esso, in moltissimi tribunali, suole essere deplorevolmente trascurata, sia per la negligenza dei funzionari di cancelleria, sia per l'incuria dei presidenti, i quali pure ne hanno la lor parte di responsabilità, non solo per ragione delle funzioni normali di direzione e disciplina che loro spettano, quanto per l'obbligo particolare loro imposto (art. 249 del reg. gen. giud.) di sottoscrivere col cancelliere

---

alle leggi sulla tassa di bollo; se occorre notificazione, ciò esigerà la spedizione di altre copie; tale regola deve essere applicata nel modo che si conviene anche se la parte è ammessa al gratuito patrocinio, vale a dire che sarà obbligatorio il rilascio della copia, quantunque senza spesa, mentre la relativa tassa di bollo della copia viene annotata a debito.

il processo verbale di ogni udienza; il che non dovrebbero fare senza averlo letto e riconosciuto regolare. Ma vi sono tribunali in cui il foglio d'udienza si riduce ad essere la più vana delle formalità; ed è perfino impossibile chiederne *estratti*, perchè nulla contiene che possa estrarsene, nemmeno la menzione delle cause chiamate all'udienza. Forse è sembrato fino adesso che se, ad onta del fiscalismo soffocante, quel documento rimane esente da gravezze di bolli o altri tributi, ciò ne dinoti la nessuna importanza. È da attendere però che l'equivoco sparisca con la fedele osservanza delle disposizioni della legge sul procedimento sommario e di quelle anche più specifiche del r. decreto per l'attuazione della medesima, che accrebbero sensibilmente la funzione del foglio d'udienza nel meccanismo del processo civile.

284. La disciplina dell'udienza è affidata al presidente, il quale la dirige e vi mantiene l'ordine; tutto quanto egli prescrive per tali scopi, deve essere eseguito (art. 354 del codice). Chi interviene alle udienze, come parte, rappresentante, o spettatore, deve stare a capo scoperto, in silenzio e non può portare armi nè bastoni. È vietato fare segni di approvazione o disapprovazione, o cagionare disturbo in qualsiasi modo. In caso di trasgressione il presidente ammonisce o fa uscire dalla sala il colpevole; e può farlo condurre agli arresti per un tempo massimo di ventiquattr'ore se rifiuta di obbedire, salva l'applicazione delle sanzioni più severe del codice di procedura penale sulla polizia delle udienze (articolo 619 e seg.), qualora il fatto costituisca un reato (art. 355).

285. Nei due paragrafi che seguono sono esposte separatamente le regole che concernono le due fasi dell'udienza, corrispondenti ai due periodi di trattazione della causa; fu però impossibile mantenere sempre una linea assolutamente netta di divisione fra i due temi, sia perchè le accidentalità del processo civile sono tanto mutevoli da dar luogo a infinite combinazioni che spostano il rapporto tra i diversi momenti preveduti dalla legge, sia perchè la forma e la economia di questa non si prestano sufficientemente a tale completa distinzione.

§ 2. — L'udienza del Presidente.

286. Con la formazione del ruolo d'una udienza è determinato il programma generale del lavoro che in essa deve essere compiuto. L'udienza, secondo le disposizioni della legge 31 marzo 1901, che rammenta, almeno nelle linee esteriori, il metodo adottato nel recente regolamento austriaco (1), si divide in due fasi o periodi: nella prima fase l'autorità giudiziaria è rappresentata dal solo presidente, nella seconda dal collegio. Intervengono fino dal principio il cancelliere e l'usciere, il primo per compilare il processo verbale e l'altro per chiamare le cause ed eseguire ogni ordine del presidente relativo al servizio dell'udienza. Già fu accennato (v. n. 282) che queste due fasi formano una sola udienza, con unico processo verbale. Questa *unità* dell'udienza, voluta dalla legge (art. 4), non è forse la cosa migliore per i tribunali che hanno gran numero di affari, poichè la ressa delle liti e la folla degli interessati rende malagevole il compimento della funzione presidenziale nello stadio preparatorio. Sarebbe stato opportuno che la legge lasciasse la possibilità di separare l'udienza presidenziale dalla collegiale, autorizzando anche a dividere fra più giudici delegati l'incarico dell'udienza presidenziale, dove e quando tutto ciò avesse potuto meglio servire ai fini del nuovo ordinamento processuale. Malgrado

---

(1) Le differenze sono abbastanza sensibili. Nel sistema austriaco l'attore presenta preventivamente all'autorità giudiziaria la petizione, o citazione, sulla quale viene destinata una prima udienza dinanzi al presidente o ad un giudice delegato. Ivi il convenuto ha facoltà di proporre le eccezioni pregiudiziali di carenza d'azione, di incompetenza, regiudicata, o litispendenza; e può anche essergli assegnato un termine per la risposta nel merito. Qualora, dopo la risposta, si manifesti il bisogno di proseguire la causa, viene avviato un procedimento preparatorio innanzi al giudice delegato, con uno svolgimento analogo a quello stabilito dal nostro codice per i giudizi dinanzi ai pretori. Se non vi è bisogno di tale procedimento, o dopo che esso sia esaurito, le parti sono mandate a udienza davanti al collegio per la discussione orale. In Austria questa procedura fa ottima prova, perchè nelle udienze regna la più grande disciplina, i magistrati sanno compiere il loro ufficio direttivo con autorità, fermezza e sagacia e, quel che più monta, perchè è ignoto alle abitudini del foro il cavillo provocatore di contese incidentali per ogni minima questione di rito o di forma, piaga gravissima dei processi civili italiani.

questo difetto, il sistema nel suo insieme merita encomio; e tanto meglio ne apparirebbero in pratica i pregi, se tutti i presidenti sapessero esercitare le loro funzioni con sapienza, autorità e avvedutezza quali è lecito esigere da magistrati investiti di un ufficio tanto alto e delicato. Il concetto della divisione è duplice. Da una parte, dispensando i giudici collaterali dall'assistere a quella parte dell'udienza in cui le attribuzioni personali del presidente soddisfano da sole a ciò che richiedesi per la trattazione delle causa, si lascia libero a loro (specialmente nei tribunali maggiori) un tempo prezioso, fino ad ora sprecato in pura perdita; a tale intento gioverebbero pure non poche altre riforme. Da altro lato, essendosi mirato ad ottenere, col novello sistema, che tutto il processo si svolga sotto l'immediata direzione del magistrato, è certo che la cosa riesce più semplice ed anche più efficace assegnandosi questa direzione, fin che è possibile, a una singola persona, la quale non può essere, naturalmente, che il capo del collegio, o chi ne fa le veci.

287. I principii fondamentali circa la distinzione degli uffizi del presidente e del collegio nell'udienza sono racchiusi nelle regole degli art. 4 e 12 della legge 31 marzo 1901, che determinano l'ufficio importantissimo assegnato al presidente nel vigilare e dirigere la istruzione e discussione preparatoria della lite. Dispone l'art. 4: « La comparizione avverrà, nell'ora stabilita per l'udienza, davanti il solo presidente. — Dopo che questi abbia dato i provvedimenti a lui demandati e quelli consentiti dalle parti, si procederà davanti l'intero collegio alla discussione delle questioni insorte e alla trattazione delle cause ».

E l'art. 12: « Sulle domande per ammissione di mezzi istruttorii, se v'è l'accordo delle parti, il presidente provvede con ordinanza, nella udienza o nel giorno successivo, delegando il giudice per la esecuzione » *(omissis)*.

Quali siano i provvedimenti *demandati al presidente*, di cui è menzione nell'art. 4, si ricava, oltre che dall'art. 12, anche dall'art. 6 e dall'art. 9.

L'art. 6 è così concepito: « Qualora non vi sia stato deposito di documenti, il primo differimento deve essere

accordato dal presidente, sull'istanza di una delle parti. — Per i successivi differimenti si richiede l'accordo delle parti o dei loro procuratori, o il concorso di giusti motivi. — Dopo il quinto differimento, non ostante l'accordo delle parti o dei loro procuratori, ove non concorrano giusti motivi, il presidente può ordinare che la causa, se non sia discussa immediatamente, venga cancellata dal ruolo ».

E l'art. 9: « Non ostante il disposto dell'art. 6, il presidente sull'accordo delle parti, può, dopo scambiate le comparse, rinviare la discussione ad altra udienza. — Quando una delle parti abbia dedotto nuove domande, od eccezioni, o mezzi di prova, o presentati in udienza nuovi documenti, che per importanza o per numero richiedano maturo esame, il presidente sull'istanza dell'altra parte, o anche d'ufficio, deve ordinare che la discussione sia rinviata ad una udienza prossima, e che intanto gli atti e i documenti siano depositati nella cancelleria, perchè le parti possano esaminarli » *(omissis)*.

288. Indagando il significato complessivo di tali disposizioni e riducendole al loro concetto organico, con la guida eziandio dei lavori preparatorii, è agevole persuadersi che la nuova legge affida al presidente il governo e la disciplina dei rinvii, come termini facoltativi per preparare gli elementi della discussione e della istruzione, i quali, mercè il freno dell'autorità presidenziale, rendono abbastanza facile proporzionare il tempo della lite alla utilità delle parti e alla garanzia delle loro difese. Inoltre, è dato al presidente, per la istruzione di ogni giudizio, quel medesimo potere *ordinatorio* che il codice gli attribuiva nei soli giudizi formali; estensione che appare del tutto logica ora che è radicalmente innovato il rapporto tra le due forme del rito. Così che, normalmente, le controversie trattate col rito ordinario debbono essere presentate al collegio solo nel momento in cui ciò è richiesto dallo stato della loro istruzione o preparazione; vale a dire, quando è giunto il momento di pronunziare in esse una sentenza, sia intorno al merito definitivamente, sia intorno a questioni incidentali o preliminari, o sia sopra istanze rispettive delle parti che riguardino questi temi. Le facili e frequenti controversie

intorno ai differimenti devono sempre essere decise dal presidente il quale ha ricevuto dalla nuova legge speciali poteri a questo fine. Lo dobbiamo notare con una certa cura, rilevando l'errore sistematico di parecchi capi di collegio, i quali, al minimo accenno di disputa sul concedere o negare un differimento, riserbano la questione al giudizio del collegio, nella seconda fase dell'udienza.

Tale il concetto generale della legge, che giova illustrare con una esposizione analitica delle sue regole.

289. Alla prima udienza, indetta dall'attore o fissata a più breve termine dal convenuto, ha luogo anzitutto l'accertamento legale della comparizione. Il cancelliere deve registrare nel foglio di udienza coi nomi delle parti e dei procuratori i mandati da questi esibiti e gli atti di dichiarazione di residenza, o di elezione o dichiarazione di domicilio delle parti, dichiarazione od elezione che possono anche essere scritte nello stesso mandato (art. 7 della legge). Nelle cause commerciali, se le parti compariscono in persona, si registra il nome del comparente, il quale può anche fare inserire nel foglio d'udienza la dichiarazione di residenza o di domicilio (articolo 412 del codice). Queste dichiarazioni hanno una importanza molto secondaria; esse ne avevano, e conservano, una maggiore nel procedimento formale. Ma come in questo, ai termini dell'ultimo capoverso dell'art. 161 del codice, la costituzione del procuratore produce elezione di domicilio presso il medesimo per tutto quanto riguarda l'istruzione della causa, così si volle eliminare nel procedimento sommario ogni difficoltà circa il luogo in cui devono essere eseguite le notificazioni in corso di giudizio, rendendo più ampio e preciso il concetto del menzionato testo del codice, nel coordinarlo al rito sommario, da esso non contemplato. Con l'art. 3 delle disposizioni approvate col r. d. 31 agosto 1901 fu stabilito che al procuratore costituito in giudizio, o nominato nella citazione, si possono notificare la citazione per abbreviazione del termine e tutti gli atti di istruzione e le ordinanze, anche se la parte abbia dichiarato la residenza o il domicilio, od abbia eletto il domicilio presso altra persona od uffizio, salvo il caso di notificazione personale obbligatoria per legge. Questa norma si coordina

esattamente al sistema del rito sommario, in cui le comparse si scambiano fra i procuratori in udienza e le istanze o dichiarazioni verbali si comunicano pure fra procuratori: è logico che anche le notificazioni, divenute possibili per il suo nuovo ordinamento, si facciano tra procuratori; è altresì il modo che ne assicura pronto effetto. La dichiarazione di residenza o di domicilio, o la elezione di esso, può dunque essere omessa senza inconveniente; in tale ipotesi, le notificazioni che devono essere fatte alla parte, per particolare disposizione di legge, si eseguiscono nel modo ordinario delle notificazioni personali, vale a dire come quelle degli atti di citazione. Anche la indicazione del procuratore del convenuto fatta nel biglietto di controcitazione rende legali le notificazioni a quel procuratore, come è stabilito nell'ultima parte dell'art. 2 del citato decreto di coordinamento. Nelle cause commerciali in cui non vi sia intervento di procuratore, l'art. 4 del medesimo decreto tenendo presente l'articolo 396 del codice (relativo al procedimento formale nelle dette cause), dispone che le notificazioni di cui sopra si fanno alle parti nel domicilio eletto o dichiarato, o nella residenza dichiarata, purchè la residenza o il domicilio siano nella circoscrizione del comune in cui ha sede il tribunale. In mancanza di elezione o dichiarazione si considera eletto tacitamente il domicilio della parte nella cancelleria del tribunale; e quivi *può* essere fatta la notificazione degli atti anzidetti, eccettuati sempre quelli per cui sia prescritta notificazione personale e salva la facoltà di notificare personalmente anche gli atti per i quali vale la tacita elezione anzidetta. L'art. 396 del codice, per le cause commerciali formali, permette di fare in cancelleria *tutte le notificazioni, comprese quelle della sentenza definitiva*, quando non vi è procuratore. La pratica veramente ha mitigato ciò che di eccessivo si nota in tale disposizione; le nuove norme di procedura parificano per le notificazioni giudiziarie gli affari commerciali ai civili, determinando solo dove si faccia la notificazione se manca il procuratore. Ciò sembra giusto e idoneo a garantire diritti processuali e materiali, posti in pericolo, senza seria e sufficiente ragione, dalla regola del codice, ispirata alla solita pretesa di pro-

teggere la sollecitudine nei giudizi commerciali, come se tale cura sia da anteporre a quella della serietà e regolarità del contraddittorio.

Del resto, non è da tacere che le moderne legislazioni preferiscono il sistema più semplice e generale di autorizzare la notificazione di tutti gli atti giudiziari, comprese le sentenze e gli atti d'impugnazione delle medesime, ai procuratori, dispensando da speciali formalità di elezioni di domicilio. L'esperienza dimostra che questo sistema non produce inconvenienti, mentre ha il gran pregio di eliminare una quantità di fastidiose e cavillose discussioni.

Qui non ci occupiamo del caso di contumacia, che forma argomento del titolo VII (n. 513 e seguenti).

290. Nella sua forma più semplice, l'istruzione si svolge in base a prove precostituite (documenti), o all'accertamento dei fatti per concorde ammissione delle parti. Affinchè le garanzie processuali dovute vicendevolmente fra le parti siano realizzate, occorre che i documenti siano *comunicati;* cioè, che ciascuna parte ricevendo notizia di quelli che il suo contraddittore vuol presentare al giudice, possa discuterne il valore giuridico intrinseco ed estrinseco e contrapporre altri documenti con pari garanzie reciproche. D'altronde, il termine a comparire, come già fu detto, ha principalmente lo scopo di preparare la rispettiva difesa dei litiganti in giudizio; e quindi, d'ordinario, è soltanto nel momento della comparizione che incomincia il periodo della istruzione e della discussione preparatoria. Sotto un duplice punto di vista appare così giustificata la regola del primo alinea dell'art. 6 della legge, la quale sancisce come *diritto di entrambe le parti* il differimento della causa dalla prima udienza ad altra successiva, con un intervallo di cui la determinazione è fatta discrezionalmente dal presidente, a norma delle circostanze. Se in virtù di questo diritto il convenuto è dal suo canto garantito di poter esaminare i documenti che l'attore produce nella prima udienza e di poter contrapporvi le proprie difese, attore e convenuto insieme sono garantiti in pari grado di potere rispettivamente apparecchiarsi alla discussione in modo adeguato alla importanza della controversia, dopo che la compari-

zione li ha posti di fronte l'uno all'altro. Questo diritto al primo rinvio si ha tanto nel caso che la comparizione avvenga nell'udienza assegnata dall'attore, come nell'altro di abbreviazione di termine provocata dal convenuto, sussistendo anche in questo caso la seconda delle accennate ragioni e la prima invertendosi in tutela dell'attore contro la sollecitudine usata dal convenuto, la quale non può ritorcersi in impedimento della istruzione.

291. Possono verificarsi casi urgenti, nei quali sia ragionevole procurare la più celere definizione del litigio, eliminando ogni causa di indugio. Provvede a questi casi, senza sopprimere del tutto la preventiva comunicazione dei documenti, la regola speciale dettata nell'art. 5 della legge. Con essa è data facoltà *a ciascuna delle parti*, poichè l'urgenza può essere legittima ora per l'attore ed ora pel convenuto, di comunicare i documenti *prima dell'udienza*, in un termine non minore di giorni quattro nelle cause civili e di giorni due nelle commerciali. La comunicazione si fa mediante deposito dei documenti in cancelleria, notificato all'altra parte o con la citazione, o per atto in carta libera, ossia per biglietto. È indifferente, per l'esercizio di tale facoltà, che l'udienza sia quella indetta dall'attore o quella più vicina intimata dal convenuto, sempre a condizione che il termine preventivo sia rispettato. Ed essendo comune alle parti la facoltà stessa, potranno esercitarla entrambe contemporaneamente, se così stimano utile. Effetto della comunicazione anteriore all'udienza, quando siano adempite le condizioni predette, è quello di conferire diritto alla parte che la eseguì di far discutere la causa senza differimento, cioè alla prima udienza, salvo il caso che *occorra* rinnovare le citazioni a norma dell'art. 382 del codice (v. n. 517) (1).

(1) Se vi è bisogno di rinnovare la citazione ad alcuno dei convenuti, e quindi di rinviare la causa ad una seconda udienza, si può anche acquistare il diritto di discutere in questa la causa, eseguendo il deposito preventivo, e notificandolo, nei termini che la precedono. La seconda udienza in tale caso è in realtà la prima in cui, per essere regolarizzato il contraddittorio, diventa possibile la discussione della causa; e non vi sarebbe ragione di negare effetto al deposito eseguito e notificato antecedentemente ad essa, se non era stato eseguito e notificato antecedentemente a quella fissata con la prima citazione.

Allo scopo che la comunicazione ottenga efficacia pratica, il primo capoverso del citato art. 5 stabilisce che le parti e i loro procuratori, con la semplice esibizione della citazione, sono ammessi ad esaminare i documenti depositati, possono farne copia o estratti per loro uso in carta libera e chiederne eziandio al cancelliere copie legali a loro spese. La legge parla della *esibizione della citazione,* perchè anteriormente alla udienza non vi è costituzione di procuratori nè comparizione di parti; e quindi la esibizione della citazione legittima la richiesta di esame o di copia dei documenti. Ma il decreto di coordinamento, all'art. 22, chiarisce che il procuratore munito di mandato, o già costituito all'udienza, può ottenere la comunicazione anche senza esibire la citazione, essendo evidente che nel caso indicato sarebbe superflua codesta formalità. Aggiunge il medesimo articolo che la comunicazione mediante deposito preventivo non esime dall'obbligo di produrre i documenti, a richiesta dell'avversario, alla discussione orale, essendo questa una condizione logica imposta dall'indole del procedimento sommario e non essendo lecito negare all'avversario che non potè per qualunque motivo esaminare i documenti in cancelleria il diritto di appagarsi della comunicazione alla udienza, accettando *ipso facto* di procedere alla discussione.

292. Queste norme sulla comunicazione dei documenti, sul diritto di esame e di copia dei medesimi, sebbene scritte nell'art. 5 della legge non sono speciali per il caso di deposito preventivo all'udienza, ma di carattere generale e applicabili tutte le volte che la comunicazione sia eseguita mediante deposito, come or ora diremo. In verità l'art. 5 presenta il difetto di contenere norme speciali per i casi di urgenza e norme comuni a tutti i casi, non bene distinte fra loro. Dovremo rilevare questo difetto anche più oltre.

Nel decreto di coordinamento si hanno altre disposizioni relative alla comunicazione dei documenti, che completano quelle dell'art. 5 e che, pur essendo a loro volta di carattere generale, riferiamo qui in continuazione per non dover riprendere il discorso sullo stesso tema a tratti interrotti, con discapito della chiarezza.

Il deposito dei documenti (art. 14) è iscritto dal cancelliere immediatamente nel registro delle cause civili e commerciali, tenuto a norma dell'art. 35, n. 1, del regio decreto 10 dicembre 1882, n. 1103; e affinchè la parte producente ne conservi la prova, essa presenta al cancelliere l'atto di citazione, avviso o comparsa, che contiene l'elenco dei documenti stessi; il cancelliere vi iscrive a margine la data del deposito e il numero d'ordine sotto il quale fu registrato.

Le copie legali dei documenti di una parte, richieste dall'altra, sono spedite dal cancelliere su carta bollata fornita dal richiedente; la tassa di bollo è quella prescritta per le copie degli atti notarili giusta gli art. 19, n. 13, e 38 della legge sulle tasse di bollo, testo unico approvato con r. d. 4 luglio 1897, n. 414; per la spedizione delle copie il cancelliere esige il diritto o compenso stabilito per le copie delle sentenze civili. Può darsi che i documenti di cui si vuole copia siano presentati in carta libera, perchè il producente fu ammesso al gratuito patrocinio; in tale ipotesi la parte che chiede la copia non deve pagare altre tasse o compensi oltre quelli suindicati; e in particolare, quindi, non si può esigere da essa che paghi i diritti prenotati a debito in forza della ammissione al patrocinio gratuito. Se poi è la parte ammessa a questo beneficio che richiede copie dei documenti dell'avversario, tali copie le sono rilasciate in carta libera, annotandosi a debito le tasse e compensi dovuti, giusta le disposizioni regolatrici del patrocinio gratuito. Tutto ciò è stabilito nell'art. 3 del citato r. d. di coordinamento.

Le copie legali dei documenti servono, quando del caso, a formare il *doppio processo,* cioè a rendere possibile a una parte la presentazione in giudizio, nel proprio interesse, dei documenti dell'avversario, anche se questo per malizia o negligenza trascuri di presentarli al momento in cui il giudice deve prenderne cognizione, nel grado o stadio in cui si trova il procedimento, o in qualunque altra fase posteriore. Trattandosi di copie spedite dal cancelliere esse non possono evidentemente valere se non agli scopi della discussione della causa; giacchè, per altri fini, egli non sarebbe altrimenti autorizzato a spedirle. Perciò fu opportuno determinare la

tassa di bollo in misura unica e costante, che può essere diversa da quella che l'indole dell'atto richiederebbe e che è normalmente inferiore a quella della simile tassa prescritta per gli atti giudiziari e loro copie.

293. Nel caso di comunicazione anteriore alla prima udienza la legge stabilisce i termini suindicati. Anche in altri casi può accadere, come vedremo, che nel corso del giudizio si debbano comunicare documenti, mediante deposito, in un termine che preceda l'udienza. Il computo di questi termini è regolato nell'art. 13 del decreto di coordinamento, con la esclusione del *dies a quo*, cioè del giorno del deposito e della sua notificazione (se questa fosse posteriore) e del giorno dell'udienza *(dies ad quem)*. Infatti, i termini stabiliti nell'art. 5 della legge sono della natura di quelli che si computano *retrospettivamente*, cioè contando dal *dies ad quem* i giorni che li compongono (v. n. 83); e d'altronde, se il giorno del deposito o della notificazione non si può presumere utile per l'esame dei documenti, nemmeno è da considerare utile quello dell'udienza, essendo indispensabile che il depositante abbia facoltà di ritirarli appunto in quel giorno, prima che l'udienza venga aperta, come dispone nel primo alinea l'art. 15 del menzionato decreto. Ond'è, che nel capoverso dello stesso articolo, ad eliminare cause di meticolose e sterili dispute, fu stabilito che qualora il termine prescritto dalla legge, o altrimenti fissato, non si trovi completo al dì dell'udienza, la parte che ha eseguito il deposito possa tuttavia ottenerne l'effetto, lasciando ancora i documenti in cancelleria e domandando il differimento dell'udienza per quanto basti a integrare il termine incompiuto. Tale agevolazione non può essere conseguita se non dalla parte che notificò regolarmente in via preventiva il deposito, il quale altrimenti si risolverebbe in una formalità inefficace; e qui si tenga presente che il deposito è notificato in modo valido quando l'atto che ne porge notizia contiene *l'elenco dei documenti*, cioè la indicazione individuale di ciascuno di essi, con dati sufficienti per la rispettiva identificazione. La necessità dell'elenco è attestata dalle disposizioni del penultimo capoverso dell'art. 5, del primo capoverso dell'art. 8, e dell'intero art. 11 della legge, non che da quelle

degli articoli 12, 14, 19, del decreto di coordinamento. Che questa non sia formalità vana, ma garanzia del fatto processuale della comunicazione non è mestieri dimostrare.

294. I termini normali dell'art. 5 della legge per la comunicazione preventiva possono andar soggetti a necessarie variazioni in due casi: 1° quando per motivo d'urgenza è abbreviato il termine della comparizione a istanza dell'attore (v. n. 267, 268); 2° quando è autorizzata la citazione per pubblici proclami (v. n. 252, 265). Nel primo caso l'abbreviazione può rendere impossibile il rispetto dei due o dei quattro giorni; nondimeno sarebbe stato poco logico che appunto nei casi urgenti fosse interdetto l'uso di una agevolazione ideata a tutela della urgenza. L'art. 16 del decreto di coordinamento provvede ad armonizzare l'art. 5 della nuova legge con l'art. 154 del codice, disponendo che nel caso menzionato, sempre che i termini ordinari della comunicazione non possano essere rispettati, vale a dire, sempre che il termine di comparizione sia ridotto a meno di quattro giorni liberi in materia civile, o di due in materia commerciale, il presidente con lo stesso decreto di abbreviazione può permettere il deposito preventivo all'effetto di far discutere la causa alla prima udienza, sotto condizione che il deposito sia eseguito avanti d'intimare la citazione e sia notificato con essa. Per tal modo tutto il termine di comparizione serve anche per la comunicazione; e spetta alla prudenza del magistrato discernere se esso sia sufficiente a questo secondo scopo in relazione al grado di urgenza della lite (1).

Nel secondo caso, invece, il termine di comunicazione ordinario è senza dubbio insufficiente, o per dir meglio irrisorio, dato il numero grande delle persone che dovrebbero o potrebbero affollarsi in cancelleria, nei quattro o nei due giorni, per prendere cognizione dei documenti dello attore, per ottenere copie legali o eseguirle in carta libera. In vista di ciò, nell'art. 18 del medesimo regio decreto fu

(1) L'art. 15 dello stesso decreto di coordinamento stabilisce analogamente che il deposito deve essere eseguito prima della citazione e notificato con essa, quando il termine ordinario a comparire sia di due giorni; il che può verificarsi in materia commerciale (v. n. 262).

stabilito che il termine della comunicazione preventiva è stabilito nel decreto giudiziario che permette i pubblici proclami, assegnandolo in misura non superiore alla metà di quello che lo stesso decreto prescrive per la comparizione.

295. La comunicazione anticipata dei documenti non esclude la facoltà, per chi la effettua, di produrne altri nuovi all'udienza; ma ciò facendo egli rinunzia al diritto della discussione immediata; il secondo capoverso dell'art. 5 della legge concede tal diritto a chi fece il deposito preventivo di *tutti i suoi documenti*. Nè dei nuovi gioverebbe addurre la scarsa o secondaria importanza, essendo impossibile un equo ed esatto giudizio in proposito, *a priori*. Chi ha depositato i documenti prima dell'udienza può anche rinunziare al diritto acquistato con la propria diligenza, domandando un primo rinvio ai sensi dell'art. 6; il deposito da lui eseguito non fa acquistare all'avversario (che non adempì per proprio conto uguale formalità) il diritto di discutere la causa alla prima udienza; giacchè l'art. 5 sancisce tal diritto esclusivamente in favore *della parte che ha eseguito il deposito*. Le ragioni di urgenza che vi fossero effettivamente, daranno motivo per abbreviare il differimento, ma non per negarlo. È poi certissimo che la parte contro la quale fu eseguito il deposito ha diritto di comunicare alla udienza quanti documenti creda utili alla propria difesa; l'avversario deve assoggettarsi all'incomodo di esaminarli subito, se vuol tener fermo il suo diritto di discutere la causa.

296. Nei casi ordinari, i documenti sono portati da ambe le parti in udienza e quivi comunicati. Come ha luogo la comunicazione? Tre forme sono possibili: 1° le parti esaminano a vicenda i rispettivi documenti e si dichiarano pronte a discutere la causa; — 2° da entrambe, o da una di esse è chiesto un differimento per averne comunicazione legale; — 3° si concorda la comunicazione amichevole.

Sulla prima ipotesi non v'è alcuna osservazione da fare. Basta accennare che in questo caso ciascuna parte può esigere che l'elenco dei documenti dell'avversario sia inserito nella comparsa conclusionale (art. 8 della legge, primo capoverso) per avere la garanzia che solo i documenti comunicati siano impiegati effettivamente per la trattazione

della causa. Ma la omissione dell'elenco non potrebbe essere rilevata d'uffizio, non essendovi in proposito veruna disposizione di legge nè essendo vietato alle parti confidare nella mutua lealtà. La seconda ipotesi è regolata nell'ultimo capoverso dell'art. 8 della legge, che prescrive il deposito dei documenti comunicati all'udienza, nel caso di differimento. Il deposito deve essere eseguito in base a un elenco, inserito nella comparsa già scambiata in udienza, o notificato in carta libera dopo la consegna dei documenti alla cancelleria e la relativa registrazione (arg. ult. capov., articolo 5 della legge). Prescrive l'art. 20 del decreto di coordinamento che il deposito sia eseguito il giorno medesimo dell'udienza in cui è ordinato, a meno che il presidente accordi all'uopo un termine, che, potendo essere indispensabile come norma ordinaria nei maggiori tribunali, nulla vieterebbe ai presidenti di stabilire con disposizione preventiva generale, da derogarsi in casi particolari occorrendo. Nel capoverso dello stesso art. 20 è stabilita la sanzione dell'inadempimento o irregolare adempimento del deposito; la quale è naturalmente questa: che chi ne omette o ritarda la esecuzione, non ha diritto di ottenere il differimento della lite (sia pure per eseguire il deposito) se l'altra parte si opponga, nè di opporsi al differimento se l'altra parte lo domandi. Sarebbe troppo facile, altrimenti, prorogare all'infinito, e in mala fede, il giudizio. Laonde, in questo caso, i documenti non depositati non appartengono al processo, qualora abbia luogo la discussione; e l'autorità giudiziaria non può prenderli in esame, giusta il divieto dell'art. 11 della legge.

La terza ipotesi, finalmente, è preveduta nell'art. 19 del decreto di coordinamento. Nel corso del giudizio, e quindi all'udienza, o anche fuori da essa, le parti possono concordare la comunicazione dei documenti in forma privata, rilasciandosi reciproca ricevuta sull'originale dell'atto o comparsa che ne contiene l'elenco; tale ricevuta, concepita nella forma più semplice, non ha altri elementi essenziali che la data e la sottoscrizione del ricevente. La comunicazione vale come quella fatta per mezzo della cancelleria. Il carattere fiduciario ed amichevole di essa la sottrae a

discipline legali o regolamentari, salvo le sanzioni testè accennate per il caso di abusiva presentazione al giudice di documenti non comunicati.

297. Il deposito dei documenti dà diritto alla parte cui sono comunicati di esaminarli in cancelleria, senza asportarli, di farne estratti o copie per proprio uso, e di chiederne copie legali. Il ritiro da parte del producente può aver luogo, secondo la regola già menzionata, in qualunque ora del giorno in cui cade la nuova udienza.

298. Al primo differimento, altri ne possono susseguire senza un limite di tempo o di numero assolutamente definito. L'articolo 6 della legge prescrive come condizione alternativa l'accordo delle parti o il concorso di giusti motivi. Soggiunge nell'ultimo capoverso, che dopo il quinto differimento non ne possano essere autorizzati altri *se non per giusti motivi;* laonde il presidente in difetto di tale condizione, non ostante *l'accordo delle parti*, può ordinare la immediata discussione della causa sotto pena della cancellazione da ruolo.

Nelle lunghe fasi di elaborazione della legge fu studiata l'idea di sottoporre in talune circostanze eccezionali la legittimità dei rinvii al consenso *personale* delle parti, per premunirle contro inutili e soverchi indugi cagionati da negligenza dei difensori. Ma tale idea fu abbandonata, per la difficoltà di avere la prova del consenso personale senza formalità dispendiose e sopra tutto per la difficoltà ben maggiore di determinare con un criterio razionale e giusto in quali casi fosse opportuno prescriverlo. La lunga esperienza dimostra che talvolta la negligenza dei procuratori è causa di eccessive dilazioni; ma dimostra anche in verità che nel maggiore, anzi nel massimo numero dei casi, il moltiplicarsi di successivi rinvii suole verificarsi nelle cause di cui le parti trovano praticamente utile tener sospesa la definizione. È fuori di dubbio che il consenso *delle parti* per i differimenti anteriori alla sesta udienza è prestato validamente dai *procuratori.* E poichè è bene i presidenti usino con grande moderazione del loro potere discrezionale *contro* i differimenti successivi al quinto, non esitiamo a dire che, allorquando ve ne sia domanda concordata, *i giusti*

motivi devono essere apprezzati con largo criterio; sarebbe inutile sfoggio di rigore ordinare la cancellazione della causa dal ruolo, mentre all'indomani, con pochissima spesa (che ad ogni modo va a scapito del cliente) uno dei procuratori può farla nuovamente iscrivere, citando l'altro mediante biglietto a tre giorni, giusta la facoltà conceduta dall'art. 13 della legge. Più utile sarà, come fu esperimentato nella pratica precedente, applicare l'esercizio del potere presidenziale ai casi in cui le parti non si trovino d'accordo per il rinvio. Il presidente non deve dimenticare che contro il suo provvedimento non è dato reclamo (v. n. 288); ciò gli impone tanto maggiore cautela nel deliberarlo; nè deve dimenticare che raramente un breve rinvio può recar danno, mentre al contrario può essere esiziale per la difesa di un litigante il ricusarlo per scrupolo di rigidità. A giusto equilibrio di queste considerazioni deve pur stare la consapevolezza degli artifizi che qualche volta mascherano la negligenza od anche la mala fede, meritevoli sempre di incontrare nel magistrato una inflessibile resistenza. In questa parte l'attuazione della legge non è facile; ma sarebbe stato anche meno facile dettare norme precise e sicure. Il magistrato prudente trova criteri sicuri di temperanza e di fermezza, opportunamente armonizzate, nella propria circospezione e nella esperienza che attraverso la pratica anteriore si venne formando, costituita quasi in autorità di tradizione.

299. I rinvii sono utili non soltanto per la graduale scambievole comunicazione di documenti, ma eziandio per la discussione preparatoria della causa, onde può sorgere l'occasione di provvedimenti di istruzione, o altri di carattere incidentale. Siffatta discussione ha luogo mediante le scritture denominate comparse. Il codice nell'art. 390 concedeva una sola comparsa per il procedimento sommario, mentre per il formale ne è autorizzato un numero indefinito (art. 162 a 176); e poichè *l'unica* comparsa delle cause sommarie doveva servire di base alla discussione orale, come *l'ultima* comparsa delle cause formali, così, prendendolo a prestito da questa, si diede a quella il nome di *comparsa conclusionale*. Il legislatore del 1901 conservò quel nome (art. 8, primo

alinea della legge) in una disposizione che farebbe credere a prima lettura essere prescritta ancora *un'unica comparsa*. Ma la pratica di molti importanti tribunali aveva in precedenza risolutamente superato l'ostacolo irragionevole che tale limitazione opponeva al più largo uso del rito sommario; in altri tribunali si era adottata una finzione di mera forma, denominando *postille* o *aggiunte* e gli scritti defensionali posteriori alla comparsa conclusionale, anche se di importanza eccedente a questa per il contenuto e per la mole, e non di rado apportatori di *nuove conclusioni* o di varianti sostanziali alla discussione. Esaminando nel suo complesso la nuova legge non è lecito dubitare che essa abbia inteso concedere l'uso di più comparse. Invero, data la organizzazione dei rinvii, che non fu certo stabilita come consacrazione della facoltà *di perdere tempo*, già s'intende che essi debbano essere utilizzati non solo per comunicare documenti, quasi con significato sibillino, ma altresì per scambiare gli elementi della discussione, cioè le rispettive deduzioni, istanze ed eccezioni che spiegano e illustrano lo scopo della presentazione dei documenti. D'altronde, chi rifletta intorno all'art. 12 non può a meno di riconoscere che la possibilità di provocare l'uffizio speciale del presidente per la emanazione di provvedimenti istruttorii su concordia delle parti non si produce praticamente se non vi è scambio di *comparse preparatorie*, essendo un controsenso che occorra a tal uopo la redazione e comunicazione della vera e propria comparsa conclusionale, con una discussione descrivente fondo a tutta la controversia, la quale sarebbe perfettamente precoce, e anzi impossibile, prima della istruzione. Ogni residua dubbiezza, se potesse rimanerne, sarebbe sbandita dal penultimo capoverso dell'art. 5, applicabile certamente come norma generalissima a tutte le cause, perchè mancherebbe ogni ragione per circoscriverlo alla sola ipotesi delle cause in cui furono depositati i documenti avanti l'udienza. Il citato capoverso, in correlazione a quello che lo precede, stabilisce che, venuta la causa al collegio per la discussione e ordinatone il rinvio *per gravi motivi*, il presidente, nel provvedere alla nomina del relatore, stabilisce pure il termine in cui « le parti

avranno diritto di *depositare comparse aggiunte* e nuovi documenti ». I *gravi motivi* a cui il testo allude, cioè complicazioni contenziose rivelatesi al momento della discussione, possono verificarsi in qualunque causa; e la legge lo prevede infatti nell'art. 9; ora se lo scambio di più comparse, com'è logico, può eliminare le sorprese o le insidie, non v'è ragione di vietare che esso preceda la discussione nei casi ordinari, anzi ciò si manifesta più utile del temperamento dettato per i casi di discussione immediata. Inspirandosi a tale concetto, e tenendo pur conto della necessità processuale derivante dalla disposizione dell'art. 12 della legge, il decreto di coordinamento ne dedusse una norma specifica nell'art. 29, in cui è autorizzato lo scambio delle comparse conclusionali davanti al presidente e il differimento della causa per la comunicazione di ulteriori scritti defensionali; ed è ammesso pure che, concordandolo le parti, la comunicazione delle rispettive comparse avvenga in udienze successive, affinchè la redazione possa esserne fatta con matura cognizione del tema contenzioso per ciascuno dei litiganti. Vedremo più oltre che lo stesso decreto di coordinamento previde il bisogno altresì di comparse d'indole incidentale per lo sviluppo dell'istruzione.

300. Il contenuto di ciascuna comparsa, nelle sue linee generali, può essere indicato con le seguenti partizioni: esposizione dei fatti; svolgimento delle ragioni di diritto; conclusioni, ossia domande concrete e riassuntive su cui la parte intende ottenere favorevole deliberazione del magistrato. Le comparse si scambiano fra i procuratori, prendendosene nota dal cancelliere nel foglio d'udienza; in esso è pure notato se il rinvio fu chiesto da una delle parti, o d'accordo fra esse, oppure ordinato d'autorità *(d'uffizio)*; tali registrazioni permettono che il presidente sia in grado di verificare ad ogni istante lo svolgimento anteriore del processo, per esercitare con matura consapevolezza il potere disciplinare conferitogli dalla legge (art. 27 del decreto di coordinamento). Il controllo dello scambio delle comparse è fatto con duplice garanzia. All'atto della comunicazione, giusta l'art. 6 del decreto di coordinamento, la parte che ne riceve copia deve rilasciare sull'originale dell'avversario il *visto*

per ricevuta in fine dell'atto; questo *visto* serve anche a prova della identità degli esemplari e quindi ogni cosa scritta in seguito ad esso, senza nuovo *visto,* si ha per non comunicata, a meno che si possa accertare la perfetta identità fra l'originale e la copia. Con questa disposizione fu sviluppato il concetto già contenuto nel penultimo capoverso dell'art. 8 della legge che permette aggiunte o modificazioni negli originali delle comparse a condizione che siano riprodotte esattamente nelle copie, o che l'altra parte apponga il *visto* all'originale dopo tali aggiunte o modificazioni. La maggiore estensione data all'uso del *visto* nel decreto di coordinamento conferisce sicurezza e semplicità all'attuazione di questa garanzia. — In secondo luogo, dopo la discussione della causa, il cancelliere appone la sua firma sugli originali e sulle copie delle comparse, facendo menzione delle postille, com'è prescritto nell'art. 10 della legge, dove fu semplicemente riprodotta la regola già data dal codice nell'ultimo capoverso dell'articolo 390; la quale, se bastava allo scopo nell'antico sistema della procedura sommaria, che supponeva unica l'udienza e unica la comparsa, sarebbe stata insufficiente a garantire il corretto andamento della discussione scritta nella nuova organizzazione del processo ora vigente.

§ 3. — L'udienza del Tribunale.

301. Dopo che, con la comunicazione di documenti e lo scambio di comparse, in conformità alle norme fin qui esposte, è raggiunto lo scopo di porre la causa in istato di essere discussa, il presidente non ha altri provvedimenti da dare e subentra alla sua la funzione del collegio. Il decreto di coordinamento, nel capoverso dell'articolo 29, abilita il presidente a ordinare che la causa sia chiamata innanzi al collegio « quando risulti che le parti abbiano sufficientemente esauriti gli atti preparatorii per la discussione ». Questa disposizione porge un chiarimento ulteriore intorno all'ufficio del presidente ed è utile per attenuare alcune difficoltà pratiche che possono nascere dal non essere separate *organicamente* le due udienze del presidente e del collegio. La causa è in istato di essere discussa

anche quando vi sono da una parte istanze incidentali o di istruzione, a cui l'altra parte si opponga, così da rendersi necessaria su di esse la sentenza (1). In tal caso è libero portare a discussione la sola questione incidentale, od insieme con essa il merito della controversia. Nè a questo secondo effetto è mestieri un accordo; ciascuno propone al tribunale quelle istanze che crede di suo interesse; e non basterebbe che una parte si fosse artificiosamente, o per negligenza, astenuta dal concludere in merito; perchè se relativamente ad esso ha concluso l'altra parte e il tribunale trova matura la causa per la decisione, non è certo impedita la pronunzia definitiva. Ma se le parti concordi circoscrivono la discussione sovra taluni punti della controversia, riserbando in tutto o in parte il merito, non potrebbe il tribunale oltrepassare i termini segnati da tale accordo.

302. La discussione orale è fatta secondo le norme date dal codice per il rito formale nell'art. 349, con questa differenza, che, mentre nel rito formale il presidente può nominare un giudice relatore sempre che lo stimi opportuno (art. 178 del codice), nel procedimento sommario simile provvedimento assume carattere eccezionale. Ordinariamente, adunque, il fatto della causa è esposto dal difensore dello attore e quelli delle altre parti possono rettificarlo; indi i difensori nell'ordine medesimo leggono le conclusioni; e poscia (art. 350 del codice) *svolgono succintamente* le ragioni su cui sono fondate. Lo stesso testo citato permette alle parti, assistite dai loro procuratori, di difendersi oralmente da se stesse, aggiungendo però che « l'autorità giudiziaria deve vietarlo se la passione o l'inesperienza possa impedire loro di trattare convenientemente la causa ». È una disposizione così raramente applicata, che non vale la pena di intrattenersi intorno alla medesima. Solo essa porge l'occa-

(1) Qualora poi l'accordo tra le parti sia dichiarato solamente innanzi al collegio, è sempre competente a provvedere, su domande d'istruzione o altre istanze incidentali, il presidente. Rammentiamo l'art. 48 del r. d. 31 agosto 1901 che per simili casi dà *facoltà* al presidente di rinviare le parti davanti a sè in una udienza prossima, per non interrompere le funzioni del collegio, se l'opportunità del servizio lo consiglia.

sione di notare che le persone le quali sono legalmente abilitate all'ufficio di procuratore o di avvocato possono, in causa propria, esercitarlo innanzi a qualsivoglia giurisdizione. Benchè si noti qualche incertezza nella giurisprudenza, l'opinione da noi accettata prevale, non essendovi in verità altra ragione per respingerla che un eccessivo rigore d'interpretazione letterale.

303. La discussione è diretta dal presidente, a norma dell'articolo 257 del regolamento generale giudiziario. Gli avvocati, i procuratori, le parti, devono ottenere da lui facoltà di parlare, e a lui devono rivolgere la parola, senza introdurre alcun dialogo fra loro. Egli chiama all'ordine chi oltrepassa i termini di una decente e ordinata discussione; elimina le oziose digressioni e le inutili questioni; vieta le interruzioni; e fa cessare le dispute quando riconosce che la causa è sufficientemente discussa e chiarita. Può anche, dopo la esposizione del fatto, fissare le questioni sulle quali dovrà aggirarsi la pubblica discussione (1).

---

(1) Tanto alla discussione scritta che a quella orale la legge vuole garantite, in limiti convenienti e giusti, libertà e larghezza a tutela del diritto di difesa. A ciò provvide in modo eccezionale, ma ragionevole, l'art. 398 del codice penale, relativo ai giudizi civili come ai penali, in cui per prevenire intimidazioni o ricatti fu disposto: « Non si procede per le offese contenute negli scritti presentati o nei discorsi pronunziati dalle parti o dai loro patrocinatori in causa, innanzi all'autorità giudiziaria, concernenti la controversia; ma oltre i provvedimenti disciplinari stabiliti dalla legge, il giudice, *pronunziando nella causa*, può ordinare la soppressione, in tutto o in parte, delle scritture offensive, e sull'istanza dell'offeso, assegnargli una riparazione pecuniaria ». Una sanzione contro gli abusi, analoga e in parte più ampia, si ha nell'art. 63 del codice di procedura civile, in cui sta scritto: « L'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, ordinare, anche d'uffizio, che siano soppresse o cancellate le scritture oltraggiose, o contrarie al buon costume o all'ordine pubblico ». La esenzione da procedimento penale non si avrebbe se la scrittura oltraggiosa fosse stata divulgata di proposito, più che non giustifichino i bisogni di una lite, come, ad esempio, se avendola fatta stampare le si fosse data una diffusione insolita e molto maggiore di quella che sogliono avere simili pubblicazioni. Ma, a parte tale ipotesi, è da considerare che l'art. 398 del cod. pen. non consente che si provochino i provvedimenti repressivi in altra occasione che in quella della *pronunzia sulla causa*; cioè, fin che la lite pende e vi è da proferire una sentenza in essa. Finito il giudizio non sopravvive l'interesse alle sanzioni indicate (salvo, ripetesi, che vi fosse eccezionale ragione per agire penalmente) essendo cessata ormai la pubblicità degli scritti, e

304. Sulla importanza e l'efficacia della discussione orale possono farsi apprezzamenti diversi; in una causa complessa e grave essa non di rado è utile per richiamare l'attenzione del collegio sui punti di fatto salienti e sulle questioni fondamentali; mentre eliminandola può aversi il pericolo che il giudice al quale viene commesso lo studio degli atti per la redazione della sentenza, o il giudice relatore, nei casi in cui sia nominato, eserciti una influenza personale troppo preponderante in seno al collegio. Non si può dubitare che per la coscienziosa decisione di una lite tutti i membri del collegio dovrebbero altresì studiarne gli atti scritti; ma ciò è ben raro per non dire impossibile, che avvenga; indi la vera efficacia della discussione orale. Vi sono tuttavia liti molto semplici, ed altre complicate nel fatto e negli elementi istruttorii, in cui la discussione orale, agli esperti del foro, appare superflua od inconcludente; e nelle consuetudini di alcuni collegi è ammessa la facoltà delle parti di rinunziare concordemente alla disputa, col consenso del presidente. Altrove si suole mantenere scrupolosa osservanza alla formalità prescritta dalla legge, perfino nelle cause contumaciali. Sarebbe stato opportuno che la nuova legge sul procedimento civile avesse reso omaggio a un principio tanto ragionevole quale è quello di lasciare libere le parti di regolarsi in proposito come credono più utile, sotto la direzione e l'autorità del capo del collegio. Si sorpassò a tale argomento, lasciando una lacuna dove altre leggi provvidero (1). È da ritenere, in questo stato di

---

tanto più dei discorsi, che hanno vita effimera, proporzionatamente all'occasione da cui trassero origine.

Per quanto la immunità da azioni penali sia saggia e provvida, è desiderabile che nelle dispute forensi, e specialmente in quelle scritte, si eviti il mal vezzo delle frasi ingiuriose, od anche semplicemente grossolane, le quali nulla aggiungono alla forza del buon diritto e dànno ordinariamente una ben meschina idea della educazione e del carattere di quei patrocinatori che facendo talvolta consistere ogni abilità nell'abuso della parola scritta o parlata, non hanno nemmeno il merito del coraggio civile, grazie alla impunità assicurata dalla legge.

(1) Per evitare che la discussione orale su fatti molto complessi confonda le idee dei giudici invece di chiarirle, il codice ginevrino (art. 91) diede facoltà al magistrato di sopprimerla su domanda delle parti e perfino d'uffizio. Il regolamento austriaco (§ 183) autorizza il presidente

cose, che la pratica possa continuare a supplire la legge, ammettendo la rinunzia volontaria alla discussione orale.

305. Le formalità estrinseche regolamentari della discussione sono semplici: le cause sono chiamate dall'usciere di servizio (articolo 251 del regol. gen. giud. e articoli 25 e 47 del decreto di coordinamento 31 agosto 1901); se le parti sono tutte assenti il presidente può ordinare la cancellazione della causa dal ruolo (articolo 252 citato regolamento); ma l'assenza di uno dei procuratori non impedisce la discussione (arg. art. 351 del cod.). Le conclusioni del pubblico ministero, quando non è attore o convenuto nel giudizio, sono esposte dopo ultimata la discussione fra le parti (art. 259 cit. regol.).

306. L'intervento del pubblico ministero era stato stabilito dal codice come normale e necessario a pena di nullità dell'udienza; e le conclusioni del rappresentante di quell'ufficio erano obbligatorie in un considerevole numero di casi specificati nell'art. 346, che stabiliva ad esuberanza la facoltà del tribunale di ordinare d'uffizio la comunicazione ad esso degli atti di qualunque causa, essendo inoltre sempre in arbitrio dello stesso pubblico ministero chiedere tale comunicazione e dare conclusioni in ciascuna lite. La legge 28 novembre 1875 mantenne *la facoltà* del pubblico ministero di assistere a tutte le udienze e di presentare conclusioni in ogni causa; ma restrinse *l'obbligo* dell'intervento e delle conclusioni alle *cause matrimoniali* e a quelle *in cui procede per via di azione*. Quest'ultima indicazione era, intuitivamente superflua; la prima, sebbene sembri chiara e precisa, apparve in pratica ambigua. In senso letterale sono *cause matrimoniali* quelle sole in cui si controverte sulla validità di un matrimonio, sulle opposizioni contro il medesimo, sulle formalità precedenti la celebrazione (rifiuto di pubblicazioni, ecc.). E poichè in tali controversie è pur interessato l'ordine pubblico, crediamo che la legge abbia sotto tale punto di vista voluto conservare in queste soltanto la

---

a sospendere la discussione orale e ordinare la comparizione personale delle parti in udienza, quando possa essere utile per chiarire le questioni controverse. Non si dimentichi che il regolamento austriaco dà all'iniziativa del giudice nel processo civile una ardita e razionale larghezza ignota alla nostra legislazione.

partecipazione del pubblico ministero, il che consuona pure col concetto espresso nei lavori preparatorii di essa. Ma così non fu intesa la cosa presso molte magistrature; e l'ingerenza del pubblico ministero suolsi richiedere anche nelle cause di separazione e in altre di mera indole patrimoniale che indirettamente hanno connessione col vincolo coniugale. Le conclusioni del pubblico ministero sono obbligatorie nelle controversie in materia elettorale, perchè ivi prescritte da leggi posteriori a quella del 1875. All'incontro non occorrono più, in forza di questa legge, nelle controversie fra privati intorno alla nullità di un attestato di privativa industriale, per cui erano richieste nell'art. 59 della legge 30 ottobre 1859. Infatti, per l'articolo 2 della legge del 1875 l'intervento necessario del pubblico ministero è mantenuto per le materie di giurisdizione volontaria e per « le funzioni ad esso affidate da leggi speciali ed estranee ai giudizi civili ». Non si può dire *estranea* alla materia dei giudizi civili la controversia sulla validità di una privativa industriale. In realtà sarebbe migliore partito la completa soppressione di questa ingerenza che qualche volta turba e preoccupa la serenità del giudizio sulla controversia e di raro coopera utilmente alla corretta applicazione della legge, non potendosi ammettere che vi siano casi nei quali il magistrato non riescirebbe ad intenderla senza i lumi del pubblico ministero. È curioso che qualcuno vagheggi il ritorno all'antico, col solo intento di fornire occasioni agli uffiziali del pubblico ministero per addestrarsi nelle discipline del diritto privato, quasi che le aule dei tribunali fossero palestre per esercitazioni accademiche o scuole aperte a beneficio degli apprendisti.

307. Dopo la discussione il presidente può autorizzare le parti a trasmettere *semplici note* (art. 259 cit. regol.), di cui è data lettura al tribunale nell'aprirsi della deliberazione segreta. Il testo parla di note da trasmettersi *immediatamente*. Siccome però le cause non sogliono essere decise subito dopo la discussione, non di rado, nelle più gravi, i presidenti concedono breve dilazione a presentare tali note. È pacifico insegnamento che in questi scritti non sia permesso elevare questioni nuove e tanto meno eccezioni od

istanze non prima dedotte; ma qualche volta essi assumono proporzioni di sviluppo non conforme all'intendimento del legislatore. A ogni modo è buona pratica quella di prescrivere che ne sia pur data comunicazione alla parte avversaria per mezzo della cancelleria. È indiscutibile che allorquando sia stata autorizzata la presentazione delle *note* il tribunale debba soprassedere a deliberare durante il termine all'uopo conceduto, non potendosi riconoscere serietà o giustizia in un procedimento diverso, che renderebbe irrisoria la concessione.

308. Lo stesso art. 259 del regolamento generale giudiziario consente al tribunale la facoltà di far chiamare in seduta segreta i procuratori o gli avvocati delle parti per essere sentiti dal collegio, quando « dopo la discussione della causa all'udienza sorga il bisogno di nuovi chiarimenti ». È manifesto che non si tratti di una seconda discussione orale di tutta la causa; perciò la disposizione va applicata con cauto discernimento e non serve che in circostanze eccezionali; essa potrebbe dare migliori frutti se in taluni casi fosse permesso di udire le parti *personalmente*, come è stabilito nel regolamento austriaco. Senza dubbio, quando il tribunale adotta il provvedimento or menzionato, la convocazione in camera di consiglio deve essere diretta a tutte le parti nelle persone dei loro rappresentanti; per l'invito a comparire non è prescritta veruna speciale formalità; e poichè alla seduta segreta non assiste il cancelliere, ciò che avviene in essa non è registrato in alcun modo, il che forse costituisce un inconveniente.

309. L'ultima formalità ordinaria posteriore alla discussione orale è la consegna al cancelliere dei fascicoli degli atti e documenti, secondo la disposizione dell'art. 10 della legge 31 marzo 1901 già dianzi menzionato. In tale articolo non si menziona *la nota delle spese*, di cui è parola nel codice in relazione al procedimento formale (art. 177 e 352); per applicazione analogica di queste disposizioni si deve intendere che sia obbligatorio presentarla, pur respingendo la strana massima, accolta in qualche sentenza, che la sola mancanza di questa nota dia luogo alla sanzione penale della multa di lire cinquantuna a lire cento a carico del

procuratore, sanzione che sta scritta nell'art. 352 relativamente all'obbligo ben più grave della presentazione dei fascicoli di atti e documenti, la cui omissione può costituire una grave colpa professionale.

Se nessuna delle parti effettuasse la consegna, sarebbe impossibile la decisione della lite e richiederebbesi un novello avviso di comparizione (biglietto) per riportarla *sub iudice*. La mancanza di una sola parte, invece, non impedisce la pronunzia della sentenza sugli atti dell'avversario diligente, giusta la disposizione dell'art. 352 del codice, nel capoverso.

310. La formazione dei fascicoli da consegnare dopo la discussione potrebbe offrire il destro a qualche frode in danno dell'avversario; la legge 31 marzo 1901, nell'art. 11, dispose perciò opportunamente che l'autorità giudiziaria « non può prendere in considerazione documenti non regolarmente prodotti, comunicati o depositati, ovvero non indicati negli elenchi ». Ed aggiunse la seguente sanzione, di manifesta giustizia: « Ove si riscontrino difformità tra gli originali e le copie delle comparse conclusionali o degli elenchi, od altre gravi irregolarità negli atti, l'autorità giudiziaria, sentiti in camera di consiglio i procuratori delle parti per gli schiarimenti e le rettificazioni opportune, potrà ordinare la riapertura della discussione e condannare il procuratore colpevole ad una pena pecuniaria da cinquanta a cinquecento lire, e nei casi più gravi anche alla sospensione dall'ufficio fino a novanta giorni ». Le penalità qui indicate debbono essere inflitte mediante sentenza, affinchè in ogni caso sia possibile l'esercizio dei legittimi reclami; se il tribunale ordina soltanto la riapertura della discussione, questa deliberazione, presa in camera di consiglio, si tradurrà in un provvedimento presidenziale che fissa la nuova udienza e di cui il cancelliere dovrà dare avviso ai procuratori, a meno che siano stati presenti alla pronunzia del medesimo se abbia luogo in udienza, il che però non è necessario, essendo normale per simile provvedimento la forma del decreto. In base ad esso la causa sarà riportata d'uffizio sul ruolo delle udienze, senza bisogno di nuova iscrizione (arg. articolo 49, capoverso 2° e 3° del decreto di coordinamento 31 agosto 1901).

311. Rimane a dire della nomina e delle funzioni del giudice relatore. Questo argomento non va considerato isolatamente, ma in rapporto con le accidentalità processuali a cui lo ricongiungono le disposizioni del terzo e quarto capoverso dell'art. 5 e dei due capoversi dell'art. 9 della legge 31 marzo 1901.

È da osservare anzitutto che la causa, giusta il carattere proprio del procedimento sommario, va alla discussione *a processo aperto*, cioè rimanendo ancora salva alle parti la libertà di dedurre nuove prove, nuove eccezioni, nuovi mezzi di difesa, e perfino di modificare le loro conclusioni; e al tempo stesso è salva pei terzi interessati la facoltà dell'intervento. L'economia della legge e del decreto di coordinamento mira ad ottenere, per quanto possibile, che lo stato di istruzione e discussione preparatoria siano definitivamente fissati dinanzi al presidente e sotto la sua direzione; però non era il caso di dettare norme imperative in proposito. Può dunque accadere che al momento in cui la causa sta per essere trattata oralmente innanzi al collegio, e malgrado i rinvii preceduti, qualche improvvisa novità dovuta ad uno dei contendenti alteri in modo notevole la situazione processuale. Per impedire le sorprese, gli artifizi, ed anche gli inganni, simile eventualità fu regolata appunto nell'articolo 5 e nell'articolo 9 con le due accennate disposizioni che fra loro si completano. Il terzo capoverso dell'articolo 5, riferendosi al caso in cui col deposito preventivo dei documenti siasi acquistato il diritto di discutere la causa alla prima udienza, sancisce nondimeno la facoltà nel tribunale o nella corte di ordinarne il differimento ad una udienza prossima, *per gravi motivi da enunciarsi specificatamente*. Il primo capoverso dell'art. 9, riferendosi ai casi ordinari, sancisce un'analoga podestà del presidente (in questa distinzione di facoltà *del collegio* o *del presidente* vi è una certa disarmonia formale, che si spiega con l'idea, avuta dai compilatori, *che il diritto di discutere la causa* alla prima udienza, acquistato a norma dell'art. 5, non possa essere modificato dall'autorità del solo presidente) « quando una delle parti abbia dedotto nuove domande od eccezioni, o mezzi di prova, o presentati in udienza

nuovi documenti che per importanza o per numero richiedano maturo esame » (1). Le varie ipotesi qui menzionate illustrano in gran parte il concetto, per sè piuttosto vago, dei *gravi motivi* indicati nell'art. 5; ma pure è innegabile che se altri motivi diversi e *gravi* possono verificarsi nel caso dell'art. 5 (supponiamo, l'intervento di un terzo *ad opponendum*), essi sono in egual modo possibili nel caso dell'art. 9. Fra i due testi vi sono alcune altre discordanze: l'art. 5 dà al tribunale una *facoltà*, l'altro impone al presidente un *obbligo* da adempiere anche d'uffizio. La differenza può essere spiegata considerando che il primo ha riguardo ai casi più urgenti, in cui giova lasciare maggiore estensione al prudente arbitrio del magistrato perchè si affretti la decisione della causa; però, anche nei casi dell'art. 9, l'obbligo del presidente cesserebbe se la parte a cui potrebbe essere utile il rinvio vi rinunciasse. Inoltre l'articolo 5 (penultimo capoverso) conferisce al presidente l'ufficio di stabilire un termine anteriore alla nuova udienza per il deposito in cancelleria di comparse aggiunte e di nuovi documenti, l'elenco dei quali deve essere preventivamente notificato in carta libera; invece l'art. 9 (primo capoverso) non fa cenno che dell'obbligo del presidente di ordinare l'immediato deposito in cancelleria degli *atti e documenti* « perchè le parti possano esaminarli »; ora, il deposito degli *atti* (citazione e comparse) è inutile, se si riferisce agli atti antecedentemente notificati o scambiati; giova dunque ritenere che gli *atti* qui nominati non siano altro che *nuove comparse*, che il presidente possa autorizzare pure in questo caso, assegnando il termine all'uopo, in senso analogo a quanto dispone l'art. 5. Notiamo, per incidenza, che nell'art. 6, capoverso, del decreto di coordinamento, è semplificata la procedura stabilita nel penultimo capoverso dell'art. 5 della legge, mercè la facoltà data

(1) Sembra dunque che il presidente (o il collegio, nel caso dell'art. 5) debba valutare l'importanza delle questioni o dei documenti; non occorre molta meditazione per intendere quanto ciò sia illusorio. Si conferma anche da questo punto di vista la necessità da noi accennata che si continui ad usare quella saggia larghezza, a tempo opportuno moderata da accorta severità, che conviene al regime dei rinvii, per adattarlo al suo scopo processuale.

alle parti di notificare le comparse contenenti gli elenchi dei documenti, anzi che depositarle in cancelleria e redigere a parte gli elenchi per la notificazione. Una terza differenza consiste in ciò, che nella legge all'art. 5 (penultimo capoverso) la nomina del relatore è resa obbligatoria su domanda di una delle parti ed è poi nella facoltà del presidente (ultimo capoverso) *in ogni caso;* l'art. 9 (ultimo capoverso) richiama soltanto l'ultimo capoverso dell'art. 5: « Nei casi preveduti dal presente articolo si applicherà quanto alla nomina del relatore l'ultimo capoverso dell'art. 5 ». Si è voluto con questo significare che nelle cause in cui non vi fu deposito *preventivo* dei documenti (poichè è questa la distinzione fondamentale tra l'art. 5 e l'art. 9) le parti non abbiano diritto di fare istanza per la nomina del relatore? Non lo crediamo, sia per la sostanziale uniformità di concetto che ravvisiamo nei due articoli (1), sia perchè rammentiamo la dichiarazione del ministro Gianturco alla camera dei deputati nella seduta 26 gennaio 1901. Dopo avere convenuto, con un deputato il quale aveva censurato l'istituto del giudice relatore, che la nomina di questo *non è obbligatoria in tutti i casi*, il ministro proseguiva: « *Il sistema del disegno è questo:* che la nomina del relatore si faccia quando sia domandata da una della parti, e che il presidente possa farla d'ufficio quando si tratti di cause in cui, pur non essendo intervenuta la domanda delle parti, per la mole dei documenti e per l'importanza stessa della questione sia necessario di offrire l'accennata guarentigia ». Le parole del ministro rammentano troppo da vicino quelle testuali del primo capoverso dell'art. 9

(1) Le discordanze di forma tra gli articoli 5 e 9, qui rilevate, non potevano essere eliminate dal decreto di coordinamento 31 agosto 1901, che all'uopo avrebbe dovuto modificare, per lo meno in via indiretta, il testo della legge, ciò che esorbitava dal còmpito del governo. Ma saranno facilmente eliminate dalla prudenza e dal discernimento dei magistrati, seguendo il fondamentale criterio ermeneutico da noi propugnato, cioè riconoscendo il carattere generale e normale delle disposizioni contenute nel penultimo e nell'ultimo capoverso dell'art. 5, che si integrano e si chiariscono a vicenda con quelle dell'art. 9, non essendo possibile restringere l'applicazione delle due ultime parti dell'art. 5 alle sole cause urgenti contemplate nel primo capoverso del medesimo.

perchè sia lecito negare che nel pronunziare egli aveva presente, oltre l'articolo 5 del quale allora discutevasi, anche l'art. 9; e che nel di lui pensiero *il sistema del disegno* comprendesse tanto l'uno che l'altro dei due articoli. Ond'è che il primo capoverso dell'art. 9 devesi intendere e applicare in armonia col penultimo dell'art. 5, che gli serve di complemento, non solo per quanto concerne il diritto delle parti di chiedere la nomina del relatore, ma anche rispetto alla facoltà loro di aggiungere comparse nel termine assegnato dal presidente e di comunicare nuovi documenti, notificandone l'elenco.

Se si volesse adottare una interpretazione diversa, questa non menerebbe a nessun apprezzabile risultato, perchè la istruzione della causa non è chiusa irrevocabilmente con la nomina del relatore; e le comparse o i nuovi documenti potrebbero essere presentati alla nuova udienza con maggiore discapito della sollecita ultimazione del processo.

312. Nel procedimento sommario, appunto perchè la chiusura del periodo preparatorio si verifica soltanto all'atto della discussione orale, la nomina del giudice relatore non può essere che un provvedimento eccezionale; così era già nel sistema anteriore, giusta il secondo capoverso dell'articolo 390 del codice in relazione colla seconda parte del capoverso dell'art. 349. I vantaggi processuali che si suppongono inerenti alla nomina del relatore sono oltremodo problematici. In alcuni tribunali vige da lunga pezza l'usanza di nominare sempre il relatore anche nei giudizi sommari, e l'esperienza dimostra che non serve affatto a rendere più brevi e semplici le discussioni; invero, se fra le parti vi è dissenso sui fatti, l'esposizione di essi per bocca del giudice relatore è un arido e insufficiente riassunto; non spetta a lui, ma al collegio, nella sentenza, di decidere anche questa parte della controversia. Se in linea di fatto non vi sono dissensi, cessa anche l'illusione della utilità dell'ufficio del relatore. Viceversa, con questa nomina, precedente alla discussione, si reca un contributo non lieve a quell'inconveniente, già pur troppo non raro, che consiste nella effettiva abolizione della collegialità dell'esame e quindi del giudizio sulla lite; onde diventano più facili, nelle circo-

stanze in cui sono possibili, le pressioni segrete e le altre riprovevoli manovre che il litigante più astuto o più potente (per sè o per le virtù particolari del suo patrono) sappia mettere in opera per assicurarsi la vittoria. L'esperienza dimostra che questi non sono timori ipotetici o inconvenienti astratti. È dunque da desiderare che la nuova legge sia esattamente intesa e non dia esca ad un maggiore sviluppo di una istituzione della quale sono molto più manifesti i danni che non i vantaggi; essa la mantenne bensì, ma col carattere di provvedimento d'eccezione. E sovratutto giova augurare che la facoltà discrezionale (forse eccessiva) conceduta al presidente, pari a quella che il codice gli attribuisce per il rito formale (articolo 178) non degeneri in abuso, e non sia giammai pretesto ad interrompere o differire la discussione di una causa contro il volere dei contendenti.

313. Dovremmo aggiungere qui le nozioni relative alle domande incidentali per provvedimenti d'istruzione o per altri fini attinenti allo stadio preparatorio della lite, e sulle ordinanze del presidente nei casi di concordia delle parti. Ma per la migliore distribuzione della materia ne tratteremo cumulativamente per il processo sommario e pel formale nel seguente capo quarto. Qui interessa soltanto accennare che esaurito l'atto d'istruzione o il procedimento incidentale, mediante ordinanza o sentenza, ovvero con altri atti a norma di legge e a seconda delle circostanze, la causa viene riportata all'udienza con citazione per biglietto a cura della parte diligente, e col termine minimo di comparizione di tre giorni (art. 13 della legge); oppure vi è rimandata per ordinanza del giudice delegato alla istruzione, che si ha come notificata fra i procuratori o le parti presenti (ult. capov. art. 12), mentre per gli assenti può servire la citazione per biglietto se non si voglia notificare l'ordinanza (v. n. 336). Le regole tutte esposte in precedenza si applicano alla fase ulteriore di trattazione della lite; quindi i rinvii concordati od ordinati nel periodo antecedente non impediscono che si faccia luogo almeno a un primo rinvio *di diritto*, se nessuna delle parti si sia valsa, prima della nuova udienza, della facoltà concessa dall'articolo 5 per la comunicazione preventiva *di tutti i documenti* che intende

aggiungere, compresi i processi verbali dell'istruzione. E altri rinvii, sempre dinanzi al presidente, possono di seguito essere ordinati, in conformità all'art. 6 della legge. Venuta poi la causa in discussione, si osservano, in quanto occorra, le regole speciali degli art. 5 e 9 che testè vennero illustrate.

CAPO III.

Della continuazione col procedimento formale.

SEZIONE I. — *Provvedimento di mutazione del rito.*

314. Ciò che conferisce, nel nuovo sistema del rito, il carattere di episodio del giudizio, possibile a modo di eccezione, all'uso dell'antico processo formale, è la massima che esso non debba essere applicato se non per consenso delle parti o per ordine del magistrato, dopo che la causa, in virtù della citazione, sia venuta all'udienza. In pratica ancora più si va accentuando quel carattere per la desuetudine in cui è caduta l'antica forma processuale da poi che le parti trovano tutto l'agio per una istruzione e una discussione ampie e ben organizzate nella forma ordinaria del processo civile.

Malgrado la nostra convinzione, ormai confermata dai fatti, che la legge 31 marzo 1901 abbia effettivamente abolito il procedimento formale, una volta che essa non volle interamente sopprimerlo, è mestieri che ne parliamo. Prima indicheremo come vi si può pervenire, cioè come la causa passa dal rito sommario al formale; diremo appresso come si svolge.

315. La legge 31 marzo 1901, nell'art. 2, fa tre ipotesi:

a) Le parti sono d'accordo per la mutazione del rito; in questo caso il presidente ordina il procedimento formale: non è scritto in qual modo debbasi manifestare la volontà dei contendenti; è quindi ragionevole opinare che possano dedurla in semplici comparse scambiate all'udienza, o in una sola comparsa, sottoscritta da tutti gli interessati, o infine verbalmente, con istanza consensuale notata nel foglio di udienza e seguìta dall'ordinanza del presidente.

b) Le parti non concordano la mutazione del rito, ma una di esse la domanda e l'altra si oppone. Occorre una deliberazione del tribunale; e necessariamente occorre che le parti espongano, per quanto in breve, le rispettive ragioni mediante comparse regolarmente scambiate. Il tribunale può deliberare seduta stante; cioè, il presidente può disporre che la causa sia chiamata alla stessa udienza davanti al collegio per la decisione sulla forma del rito. Ma in generale è più conveniente che il presidente si attenga alle indicazioni dell'art. 2, secondo capoverso, della legge: disponendo che siano *hinc inde* depositati gli atti e documenti e rinviata la causa ad una udienza prossima per la deliberazione sul procedimento. Il deposito deve essere eseguito nel giorno stesso in cui è ordinato, a meno che il presidente conceda all'uopo un termine (art. 20 del decreto di coordinamento, primo alinea). Se una parte non eseguisce il deposito, il tribunale delibera sugli atti e documenti dell'altra parte.

c) Il tribunale può, di uffizio, ordinare il procedimento formale. Dato che il concetto della legge, ripetutamente chiarito nelle ultime discussioni parlamentari, fu quello di stabilire la uniformità normale del nuovo rito ordinario; dato che la maggiore garanzia di particolari modi di procedura concerne l'interesse delle parti esclusivamente, appare alquanto strano che sia stata data al tribunale la facoltà di ordinare *d'uffizio* il procedimento formale. Tale deliberazione non può essere pronunziata se non *causa cognita*, vale a dire dopo che le parti abbiano discusso, attestando così la volontà concorde di accontentarsi della forma ordinaria della procedura. Amiamo credere, adunque, che non avverrà mai che i tribunali facciano uso della podestà inopportunamente loro accordata; e stimiamo inutile dire che solo una gravità eccezionalissima di circostanze potrebbe, in qualche raro caso, dare ragione di siffatto esercizio, una volta che la legge lo rende possibile.

316. Per tutti i casi è stabilita dall'articolo citato la forma dell'*ordinanza*, anche se la deliberazione sia collegiale (v. nota al n. 62); tale ordinanza che deve essere inserita nel foglio di udienza, non è soggetta a notificazione nè a reclamo. Però il decreto di coordinamento, tenendo conto

specialmente della terza ipotesi, nella quale la mutazione del rito dovrebbe essere pronunziata quando il collegio si trova investito della decisione della causa dopo la discussione orale, ha colmato un'evidente lacuna della legge, disponendo che la mutazione del rito possa essere ordinata con la sentenza che provvede per la istruzione (art. 8 del decreto). È spontanea la domanda: se tale sentenza sia appellabile. Rispondiamo: per *il solo capo* della mutazione del rito, no; perchè vi si oppone il primo capoverso dell'art. 2 della legge; ma se *altri capi* sono impugnati, è ragionevole che la corte d'appello, qualora accolga i gravami intorno a questi, possa pur revocare l'ordine di mutazione del rito, il quale forse si risolverebbe in un provvedimento inutile o dannoso, nella nuova situazione processuale determinata dalla sentenza di seconda istanza.

L'art. 9 del decreto di coordinamento considera poi la ipotesi del rinvio della causa per la deliberazione sul procedimento (v. num. preced., lett. *b*); e riconoscendo come possa in tal caso essere pronunziata l'ordinanza fuori della presenza degli interessati o dei loro rappresentanti e quindi sia necessario darne loro sollecita partecipazione, determina il modo molto semplice in cui il cancelliere la eseguisce per mezzo dell'usciere, entro il giorno successivo alla pronunzia.

317. Lo stesso decreto, nella prima parte dell'art. 10, prescrive che l'ordinanza deve dichiarare la contumacia delle parti che vi sono legalmente incorse, e che tale dichiarazione *è definitiva*, salva la facoltà del contumace di comparire durante la pendenza del giudizio. In coerenza a ciò impone (primo capoverso) che quando occorra rinnovare la citazione ai sensi dell'art. 382, la rinnovazione debba precedere ogni disputa, istanza e provvedimento sulla mutazione del rito. Infatti, se tutte le parti non sono presenti non può verificarsi l'ipotesi di istanza consensuale; e nemmeno può essere emanato un provvedimento giudiziario, d'uffizio o sopra istanza di un interessato, prima che sia legalmente costituito il contraddittorio fra le parti contendenti.

Da questa disposizione, semplice e logica, deriva l'importante conseguenza che nei casi ordinari non possa ormai più verificarsi la perenzione dei sessanta giorni del giudizio

formale contumaciale. Già è quasi inconcepibile la mutazione del rito in una causa contumaciale; ma ammettendo le cose più strane, è evidente che se la dichiarazione della contumacia precede il provvedimento di mutazione, non sarà più possibile domandarla nelle forme e nel termine dell'art. 383 del codice. È interessante notare che nel corso dei lavori preparatorii fu proposta la soppressione di questa perenzione speciale, giudicata da molto tempo espressione irrazionale di formalismo e di rigore; ma fu opposto che l'argomento era estraneo a una legge sul procedimento sommario, riguardando propriamente il formale. Maggiore inesattezza non poteva venire detta, perchè tutte le liti venendo iniziate con citazione a udienza fissa è all'udienza che si accerta in ogni caso la contumacia. La riforma giustamente desiderata si compiva adunque, ad insaputa dei riformatori.

Nel capoverso ultimo del mentovato articolo 10 fu disposto, inoltre, che verificandosi interruzione della istanza dopo il rinvio al procedimento formale, la citazione in riassunzione (v. vol. II, n. 770 e seg.) debba essere fatta con le norme dello stesso procedimento formale (v. n. 259); la relazione ministeriale che accompagna il decreto di coordinamento osserva in proposito non esservi motivo per togliere efficacia all'ordine di mutazione del rito.

318. Ma gli effetti della mutazione non si estendono logicamente oltre lo stadio e il grado di giudizio in cui fu emanata; è molto probabile che in grado d'appello o in sede di opposizione contumaciale, ecc., manchino le ragioni di opportunità che consigliarono la mutazione del rito. In ogni caso se tali ragioni si riproducessero, è sempre agevole rinnovare il provvedimento. Pertanto nell'art. 11 del decreto 31 agosto 1901 è stabilito doversi eseguire con le norme del rito sommario le citazioni di appello, al pari di quelle con cui si propongono gli altri rimedi di legge. E l'ultimo capoverso dell'articolo medesimo vieta, inoltre, di far proseguire a rito formale, per disposizione data d'*uffizio*, le controversie che sorgono in via di opposizione a precetto o in sede di esecuzione forzata (vol. II, n. 816). Si potrebbe dubitare se la facoltà di ordinare il procedimento formale si estendesse,

secondo il codice, a tali giudizi; imperocchè l'articolo 391 era fra le discipline del procedimento di dichiarazione; e benchè nel suo capoverso si leggesse che la conversione del procedimento poteva essere ordinata anche quando il rito sommario *sia prescritto da leggi speciali*, il secondo libro del codice di procedura, in cui sta inserito l'articolo 573, non potrebbe essere qualificato una legge speciale, ma una parte distinta, per oggetto e per fini, della legge generale costituita dal codice. La relazione ministeriale dianzi citata considera che il sistema ora espressamente sancito fu sempre osservato nella pratica, essendo imposto il procedimento sommario per la natura della causa e mediante una specialissima disposizione del codice; e considera ancora che nei giudizi predetti la mutazione del rito seconderebbe il più delle volte riprovevoli tentativi di tergiversazione. È naturale che non sia vietato alle parti di concordare la mutazione, oppure di farne argomento di istanza ed opposizione rispettiva; non vi è invero nessuna ragione di ordine pubblico che si imponga in modo assoluto. Dal testo della regola e dalle spiegazioni date nella relazione ministeriale appare chiarissimo che il divieto riceve applicazione in sede esecutiva, qualunque sia l'indole della controversia elevata, cioè, relativa alla forma od al merito.

Sezione II. — *Svolgimento del rito formale.*

319. L'ordinanza che prescrive il procedimento formale non è soggetta a notificazione (primo capoverso dell'art. 2 della legge); disposizione non ottima, perchè talvolta l'ordinanza non è pronunziata in presenza delle parti, o sia pure con loro consapevolezza; infatti il tribunale la può deliberare e pronunziare d'uffizio. Per riparare agli inconvenienti che potevano nascere specialmente in questa ipotesi, dalla mancanza di notificazione, il decreto di coordinamento, nell'art. 9, stabilì che qualora le parti non siano presenti (1) alla pronunzia dell'ordinanza che dispone d'ufficio la muta-

(1) Sotto il nome di *parti* sono sempre designati i procuratori, quando questi agiscono per i litiganti (art. 55 del citato decreto di coordinam.).

zione del procedimento, ne è data loro notizia con atto di usciere per biglietto, a cura e responsabilità del cancelliere, entro il giorno successivo alla pronunzia.

320. Dalla data della ordinanza, in ogni caso, decorre un termine di cinque giorni, giusta l'ultimo capoverso dell'art. 2 della legge 31 marzo 1901 per il deposito dei documenti dell'attore nella cancelleria (1). Intendasi però che i depositi regolati negli art. 158 e 393 del codice di procedura, menzionati nel detto capoverso dovevano servire (nelle cause civili e nelle commerciali rispettivamente) per effettuare *la comparizione* in giudizio; ora tale atto trovasi già compiuto all'udienza; e quindi il deposito del mandato e dell'atto di dichiarazione o elezione di domicilio, o dichiarazione di residenza, prescritto dall'articolo 158, non è più necessario; basta che l'attore depositi i documenti di cui è cenno nell'ultimo comma dell'art. 158 e nel capoverso dell'art. 393. E tal deposito deve eseguire, per gli effetti della nuova forma assunta dal giudizio; laonde ne è dispensato solo quando avesse eseguita la comunicazione anteriore alla udienza, ma non quando li avesse comunicati nel corso della causa prima della mutazione del rito. Dalla scadenza del termine dato all'attore, decorre pel convenuto quello *per rispondere* (articolo 164 del codice citato nel predetto ultimo capoverso dell'articolo 2 della legge); infatti anche il convenuto, d'ordinario, è già costituito in giudizio fino dalla udienza. Se poi vi è fra gli attori o i convenuti qualche contumace, questi può sempre comparire in corso di giudizio, depositando in cancelleria il mandato al procuratore, e facendo notificare alle altre parti una comparsa con cui partecipa *la costituzione del procuratore.*

321. Se l'attore non deposita i documenti nel termine di cinque giorni suindicato, il convenuto non ha verun obbligo di rispondere; egli non potrebbe però far dichiarare la contumacia dell'attore, essendo la comparizione già

---

(1) Il testo citato parla del deposito prescritto dagli articoli 158, 165 e 393 del codice. Il primo e l'ultimo sono citati a proposito; il secondo fu evidentemente menzionato per equivoco, come nota la relazione ministeriale che accompagna il decreto 31 agosto 1901.

avvenuta in udienza. Per togliere incertezze il decreto di coordinamento (art. 12, primo capoverso) prescrive che in tal caso la causa non possa essere proseguita se non « mediante nuova citazione da farsi per biglietto secondo le norme del procedimento formale » a cura della parte più diligente. Intervenendo così *una nuova citazione*, potrà ottenersi mercè di essa la dichiarazione di contumacia a carico dell'attore, se persista nella non comparizione, o del convenuto se sia esso il non comparente.

Ma se l'attore serba osservanza al termine stabilito come sopra, e il convenuto non risponde e non comunica documenti nel termine assegnatogli, che or ora indicheremo, non per questo potrà venire dichiarata la contumacia, ma l'attore proseguirà i suoi atti, facendone le notificazioni legali, essendo permesso a una parte, nel procedimento formale, di non rispondere, pur essendo costituita in giudizio. È da avvertire che il convenuto se non intende rispondere, ha facoltà, nel termine datogli per la risposta, di iscrivere la causa a ruolo, appunto come testimonianza della sua volontà di farla decidere senza ulteriori indugi (art. 173 primo capoverso del codice e articolo 12 ultimo capoverso del r. d. 31 agosto 1901).

Ancora è da notare che il deposito ingiunto all'attore col termine preaccennato di cinque giorni, riguarda i documenti che già negli atti anteriori abbia designato per l'offerta in comunicazione; e per tale motivo non occorre che ne sia nuovamente notificato l'elenco; ma se deposita altri documenti è obbligato per questi a siffatta notificazione (primo alinea dell'art. 12 del citato decreto di coordinamento).

322. La comunicazione dei documenti, nel procedimento formale, ha forme ed effetti diversi che nel sommario Si fa sempre mediante deposito in cancelleria, per tutta la durata del termine assegnato alla parte avversaria per rispondere o replicare. La comunicazione consiste, sia nell'esame che l'altra parte può farne in cancelleria, sia nella *consegna* che può averne dal cancelliere, con l'obbligo di restituzione nel termine assegnato (art. 167 e 168 del codice). In caso di ritardo provvede il presidente, che ha facoltà di condannare il procuratore moroso a pena pecuniaria e persino

alla sospensione, la quale può durare al massimo novanta giorni (art. 170, 171).

Se vi sono circostanze per le quali la parte che comunica documenti desideri impedire l'uscita dei medesimi dalla cancelleria, il codice consente di accompagnare gli originali con copie in carta senza bollo predisposte a cura del procuratore: in tal caso l'avversario ha diritto di asportare la copia e di ispezionare l'originale (art. 166, e 167).

Sebbene il diritto di chiedere al cancelliere *le copie legali* dei documenti depositati dall'avversario sia stabilito dalla legge sul procedimento sommario (v. n. 292) è da ritenere che si possa esercitarlo anche nel procedimento formale, poichè questo non è ormai che un periodo di svolgimento del sommario.

323. Il termine per la *risposta*, dato al convenuto, è di giorni quindici, a norma dell'art. 164 del codice. Ricevuta la risposta, l'attore può, nei quindici giorni successivi, far notificare una comparsa di *replica;* al convenuto spetta un egual termine per la *controreplica*, e così via. Ogni comparsa può contenere la offerta in comunicazione dei nuovi documenti, che all'uopo vi sono elencati e sono depositati in cancelleria; la notificazione delle comparse si fa per mezzo d'usciere, fra i procuratori.

Se le parti in causa contrarie a quella che fece un deposito e notificò una comparsa siano più, rappresentate da procuratori diversi, i termini per rispondere sono aumentati a trenta giorni e così pure quelli della comunicazione dei documenti (art. 169 del codice). Tuttavia il termine di cinque giorni stabilito nell'ultimo capoverso dell'art. 2 della legge 31 marzo 1901 (v. n. 320) è inalterabile, anche se vi siano più attori rappresentati da procuratori diversi non avendo i compilatori della legge preveduto questo caso; basta per altro che uno degli attori adempia la prescrizione del citato testo, perchè sia evitato il bisogno della nuova citazione di cui fu fatto cenno dianzi.

324. I termini per rispondere, replicare, ecc., possono essere abbreviati dal presidente *per giusti motivi*, anche in corso di causa, *sentite le parti* (art. 172); è da ritenere che l'abbreviazione possa essere stabilita nell'ordinanza con

cui si prescrive il procedimento formale. L'abbreviazione è permessa per alcuni dei termini o per tutti, secondo le circostanze.

325. In ogni *comparsa* le parti possono rispettivamente proporre domande ed eccezioni nuove; restringere, ampliare, o comunque modificare quelle anteriori. Le comparse servono insieme alla discussione scritta e alla *istruzione* del giudizio, sia in quanto costituiscono il mezzo legale per comunicare i documenti, sia perchè vi vengono enunciate le prove orali di cui ciascuna parte reputa nel proprio interesse, di promuovere l'esaurimento che vedremo poi come si effettui. La legge non stimò opportuno prescrivere limite di numero di estensione alle comparse che l'attore e il convenuto possono scambiarsi in giudizio, ma provvede a regolare con efficaci discipline la *chiusura del periodo istruttorio.* Quando le ragioni ed eccezioni sono tutte esposte, i documenti tutti presentati, le prove orali tutte raccolte, la causa deve essere decisa e la giustizia soffrirebbe se dal maltalento di una parte venisse indefinitivamente ritardata la sentenza. Gli svariati accorgimenti con cui si tentò in altre leggi di conciliare nel processo scritto la libertà delle difese con la prevenzione degli abusi, non ebbero vera efficacia. La determinazione *a priori* di un numero fisso di comparse è evidentemente irragionevole. La discrezione moderatrice del giudice è di effetto problematico anche nei sistemi di puro processo scritto in cui ogni atto richiede la preventiva di lui autorizzazione, giacchè l'esercizio di quel potere suppone la conoscenza completa della causa che egli non può avere; e il giudizio sulla sufficienza o insufficienza dell'istruzione è quasi una delibazione intempestiva che pregiudica il merito. Nei sistemi di processo misto furono stabilite talvolta limitazioni di tempo (codice germanico) o di numero (cod. francese e altri) allo scambio delle comparse, con la clausola della prorogabilità nei casi in cui ve ne sia bisogno, la quale praticamente annulla le ideate limitazioni. Essa è accompagnata nel codice francese dalla sanzione che le scritture oltre il numero consentito dalla legge non sono computate nella tassazione a carico dell'avversario. Ma, se sono giustificate dal bisogno della difesa, è manifesta l'ingiu-

stizia della sanzione. Il codice sardo del 1854 permise, oltre la *risposta* del convenuto e la *replica* dell'attore, anche la *controreplica* del convenuto, seguendo così l'esempio del codice ginevrino, che aveva voluto essere più equo del francese. Ma tutti codesti espedienti furono, a ragione, stimati contrari allo scopo della procedura scritta, se osservati rigorosamente, o fallaci ed inutili, se elusi dai procuratori, i quali, d'ordinario, hanno interesse ad usarsi reciproca tolleranza per simili infrazioni della legge. D'altronde a nessuno sfugge il pensiero che l'infinita varietà delle cause rende impossibile la preventiva determinazione di un limite unico e costante per la loro sufficiente istruttoria.

326. I termini per rispondere, replicare, ecc., sono semplicemente *comminatorii;* ma quando uno di essi sia compiuto e la parte che aveva diritto a presentare nell'intervallo una comparsa non l'abbia presentata, l'altra parte (se per suo conto non trovi necessario di aggiungere di più alla discussione) può *proporre la chiusura dell'istruttoria.* Questa proposta (art. 173) si effettua mediante la *iscrizione della causa nel ruolo generale di spedizione*, formalità identica esteriormente a quella prescritta nel procedimento sommario, ma intrinsecamente ben diversa, come già fu avvertito (n. 279), perchè qui serve a *chiudere* il periodo della istruzione mentre là serve ad *aprirlo.* L'eseguita iscrizione, di cui il cancelliere rilascia certificato, deve essere partecipata nel termine *non perentorio* di due giorni al procuratore od ai procuratori delle altre parti, mediante notificazione di usciere per biglietto (art. 173 del codice e art. 216 reg. gen. giud.) (1).

(1) Fino a che l'iscrizione a ruolo non sia notificata, l'altra parte non è obbligata ad averne conoscenza; può quindi far notificare una comparsa di istruttoria nell'intervallo fra l'iscrizione e la sua notificazione, senza che ciò le tolga il diritto di fruire del termine successivo a questa notificazione. È dunque interesse della parte iscrivente che l'iscrizione sia notificata il più presto possibile, nè occorreva assegnare all'uopo un termine perentorio. A frenare gli abusi, fu conceduta al presidente *la facoltà* di ordinare la cancellazione dal ruolo della causa, quando l'iscrizione *non risulti notificata* entro il termine prescritto (art. 219 regol. gen. giud.). È una facoltà che il presidente *può* esercitare *sopra domanda* della parte interessata; pare necessario che sia udita o citata la parte contraria, almeno per accertare in suo contraddittorio che la notificazione non sia stata eseguita.

Le parti notificate hanno diritto ad un *termine perentorio fisso*, successivo, di quindici giorni dentro i quali deliberano se abbiano bisogno o no di aggiungere altre difese. Qualora i quindici giorni trascorrano in silenzio, l'*iscrizione a ruolo rimane ferma* (art. 174), cioè l'istruttoria è *definitivamente chiusa* in modo irrevocabile, col consenso di tutte le parti. Se le parti cui fu notificata la iscrizione a ruolo, od alcuna di esse, fa notificare alla parte che la eseguì una comparsa nuova nel detto termine, allora la legge lascia all'iscrivente una alternativa. Od egli trova necessario di rispondere a questa comparsa, al quale effetto gli è assegnato un *termine perentorio* di quindici giorni, ed allora la *proposta* di chiudere il contraddittorio viene da lui medesimo riconosciuta prematura: quindi cade *ipso jure* l'iscrizione a ruolo ed il periodo istruttorio rimane aperto sino a che una delle parti *rinnovi* l'iscrizione più tardi. Ovvero l'iscrivente lascia passare i quindici giorni senza rispondere, e in questo caso avendo egli mantenuta la proposta di chiudere il contraddittorio e le altre parti avendo provveduto colla nuova loro comparsa a quel compimento di difesa di cui sentivano bisogno, non v'è più motivo di tenere aperta la discussione; quindi rimane ancora ferma l'iscrizione a ruolo. Eguali discipline osservansi per le iscrizioni a ruolo successive, quando la prima siasi resa inefficace per non seguìta notificazione o per la riapertura del periodo istruttorio in qualunque modo avvenuta.

L'iscrizione a ruolo rimane ferma anche senza che s'abbia da attendere il decorso dei termini perentorii assegnati, a norma dei casi, alle parti che ne ricevono notificazione ed all'iscrivente, quando colui al quale il termine compèterebbe dichiara (con comparsa notificata al procuratore avversario) di non voler rispondere (citato art. 174).

Di questi termini il presidente non può concedere l'abbreviazione nei sensi dell'art. 172, giacchè essendo *perentorii* vuolsi ritenere che la legge li abbia misurati in relazione allo stretto bisogno della difesa di ciascun litigante.

L'iscrizione a ruolo è atto della parte più diligente; quindi anche il convenuto può eseguirla. Anzi, fu notato poco prima (v. n. 320) che egli ha la facoltà di iscrivere la causa a ruolo senza produrre comparsa di risposta.

Se la parte a cui viene notificata l'iscrizione a ruolo propone, nel termine di legge, una prova *orale* a completamento della sua difesa, quali effetti processuali ne deriveranno? Ci riserbiamo di trattare più oltre (num. 378) tale questione, che richiede la conoscenza preventiva del meccanismo della proposta ed assunzione di una prova orale.

327. Rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, il periodo istruttorio è irrevocabilmente chiuso. Di niuno effetto sarebbero quindi la presentazione di nuovi documenti, di conclusioni nuove, o la proposta di prove orali ulteriori. Ma una doppia riserva si deve fare in questo proposito. Anzi tutto la legge (art. 175) *permette* espressamente di deferire il *giuramento decisorio* dopo rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, perchè (osserva la relazione Pisanelli) il codice civile ne dà licenza *qualunque sia lo stato della causa* (art. 1366 codice citato e art. 220 cod. di proc.) e perchè esso rappresenta una *transazione.* Il secondo motivo è inaccettabile; si tratta veramente di una *prova,* non di un *contratto,* ed è ormai noto l'errore esegetico di chi credette ricavare dalle fonti romane la identificazione del giuramento decisorio odierno con la transazione. D'altronde la sentenza proferita in base al giuramento decisorio rimane suscettibile d'appello, mentre poi ogni genere di prova, e quindi anche il giuramento, può essere proposto in appello, dove non vigono più gli effetti dell'iscrizione a ruolo eseguita in prima istanza. Sarebbe dunque discutibile la bontà di questa eccezione di fronte al rigore dei principii.

La seconda riserva riguarda le istanze e le eccezioni che la legge autorizza a proporre *in qualunque stato e grado di causa.* Tali segnatamente quelle d'incompetenza assoluta o di declinatoria per pendenza di lite o connessione (art. 187 e 188), e la querela incidentale di falso (art. 297). È evidente che ciascuna di tali eccezioni può modificare, anzi rovesciare addirittura, i risultati della precedente istruttoria; la riserva accennata è quindi della massima importanza.

328. Anche la discussione scritta, considerasi ultimata: dichiara perciò la legge (salva la facoltà di deferire con apposita comparsa il giuramento decisorio) che dopo rimasta ferma l'iscrizione a ruolo non è permessa altra comparsa

se non quella che ha il nome di *comparsa conclusionale* (art. 175); qui di nuovo ci incontriamo in un nome che è comune al procedimento sommario, benchè ivi si riferisca ad un atto di ben diversa natura ed importanza.

Ciascuna delle parti contendenti deve compilare questa comparsa, per lo scopo principale (art. 176) di fissare in via definitiva quali *conclusioni* rispettivamente i litiganti sottopongano al giudice. Potendo infatti essere, nel corso dell'istruttoria, portate più o meno gravi varianti alle conclusioni primitive, parve opportuno un atto finale, in cui siano irrevocabilmente fissate, senza però che alcun elemento di novità possa venirvi introdotto (art. cit.). Nel medesimo tempo, a maggior comodo dei giudici ed anche per dare una traccia alla discussione orale, è prescritto che in queste comparse venga riepilogato il *fatto della causa* colle *ragioni di diritto* che suffragano *hinc inde* le conclusioni prese.

La comparsa conclusionale avrebbe dunque, nel concetto della legge, una importanza processuale limitata all'effetto di escludere dalla cognizione del giudice quelle *conclusioni* che, già prese negli atti di causa anteriori, non siano in essa riprodotte. Quelle non riprodotte, si ritengono *abbandonate* e non potrebbero essere proposte in giudizio d'appello. Quanto al riassunto del fatto e delle ragioni di diritto, la minore diligenza che avesse posta il procuratore nella compilazione dell'atto non nuocerebbe, non essendo mai dispensati i giudici dal procurarsi la completa notizia del fatto mediante lo scrupoloso esame degli atti tutti del giudizio, sì che devono tener conto anche di quelle ragioni che in essi e non nella comparsa conclusionale si trovino dedotte.

Ma l'atto di cui parliamo ha in pratica (nei pochi casi di applicazione del rito formale) una ben maggiore importanza, giacchè in primo luogo (come si vide nel numero precedente) esso può talvolta contenere eccezioni o questioni di diritto nuove, che alterano di gran lunga lo stato della controversia; e può anche esservi proposto il giuramento decisorio, da chi non voglia usare del consueto rito incidentale, che non è imprescindibile. In secondo luogo, la legge non poteva vietare, nè ha vietato, di dare la più

diffusa e diligente estensione allo sviluppo dei motivi di difesa. Quindi, per solito, le comparse d'istruttoria sono brevi e compendiose; e alla redazione della conclusionale si riserva l'abilità dei difensori, mercè l'analisi minuta delle risultanze probatorie raccolte nel processo, il confronto e la discussione dei singoli punti di controversia, la larga e studiata dimostrazione della tesi di diritto. Per tal guisa il concetto del legislatore viene ad essere snaturato; si può credere per altro che il sistema invalso nella pratica sia migliore e più razionale di quello della legge. Ma ormai anche di ciò parliamo come di una reminiscenza, attesa la sparizione del rito formale dagli usi del foro (1).

329. Le comparse conclusionali sono notificate al modo delle altre; ciascun procuratore dovrebbe far notificare la propria entro i quindici giorni successivi a quello in cui è rimasta ferma l'iscrizione a ruolo (capov. art. cit.). Il termine non è perentorio; ma perchè in questa estrema fase del litigio la negligenza dei procuratori non sia causa di indugi, è minacciata una ammenda di lire dieci a carico del procuratore ritardatario.

Il procuratore diligente ha un modo più efficace per far cessare la mora dell'avversario. Infatti, trascorso il termine assegnato per la notificazione delle comparse conclusionali, i procuratori — od almeno quello di essi che si trova in regola colle disposizioni della legge — devono depositare, presso il cancelliere, l'incartamento della causa, vale a dire tutti gli atti e documenti, di cui ciascun procuratore forma due fascicoli distinti (uno per gli atti, l'altro pei documenti) muniti di *inventari* od *indici* separati, e raccolti poi in un solo volume; gli *atti* devono essere completi, e cioè ogni procuratore presenta tanto i proprii come quelli di cui ricevette notificazione dall'avversario; i documenti sono rispet-

---

(1) Attualmente anche per i giudizi sommari, è quasi generale l'uso di compilare brevi e sintetiche comparse conclusionali svolgendo invece con ampiezza le ragioni di difesa in separate *memorie*, che si distribuiscono stampate. Il sistema è convalidato dalla consuetudine; e la redazione delle memorie figura nella nota degli onorari ripetibili. Ma non si può dire che esso sia strettamente conforme alla legge, nè allo spirito di essa.

tivamente quelli di ciascuna parte. Deve esservi unita anche una *nota delle spese* del giudizio. Queste disposizioni sono dettate nell'art. 177, il quale soggiunge che ove gli atti d'un procuratore siano incompleti, il cancelliere *deve completarli* (traendone copia, *a spese del procuratore*, dagli atti della parte avversaria), ciò che sarà possibile qualche volta, ma non sempre. E lo stesso articolo suggella le sue prescrizioni colla comminatoria di un'ammenda al procuratore che non depositi il fascicolo nel termine stabilito; la quale ammenda, di lire cinque *per ogni giorno di ritardo*, può essere applicata dal presidente anche d'ufficio. Ma ancor più efficace di questa sanzione, è l'altra, pure contenuta nello stesso articolo, che cioè la mancata presentazione del fascicolo d'un procuratore non ritarda la discussione orale, ultimo atto della lotta giudiziaria.

330. Intorno alle comparse conclusionali, alla formazione dei fascicoli, alla nota delle spese, al deposito in cancelleria, vi hanno discipline speciali negli art. 221 a 225 del regolamento generale giudiziario, che riguardano le modalità d'esecuzione e che non richieggono commercio od illustrazione di sorta.

Importa invece accennare alla disposizione dell'art. 246 dello stesso regolamento. Abbiamo detto che nelle comparse conclusionali non possono introdursi *conclusioni nuove* ossia non conformi a quelle prese nel periodo istruttorio. Pel caso di trasgressione, il citato testo stabilisce che la parte la quale intenda opporsi alla proposta di una conclusione nuova, deve farne dichiarazione all'udienza fissata per la discussione orale, prima che questa incominci. O l'avversario riconosce il suo torto e rettifica; ovvero il tribunale delibera tosto su questo punto preliminare e il suo provvedimento è inserito nel foglio d'udienza. Di quale specie sia la pronunzia, non si dice. Che abbia, nel pensiero del legislatore, il carattere di una sentenza, non pare. Ma pur dovrebb'esserlo, secondo i criteri che già ci sono noti. Del resto, il tribunale può apprezzare meglio ogni cosa nell'esame della causa per il merito. E qualora trovi domande nuove, non ne terrà conto nella sentenza. Il provvedimento, adunque, menzionato nell'art. 246 del regolamento generale giudiziario

potrà rimandare la decisione definitiva di tale controversia alla sentenza che il tribunale sarà per pronunziare.

331. Subito ricevuti i fascicoli (o sia pure quello solo del procuratore più diligente), il cancelliere (articolo 177) li trasmette al presidente, che mediante suo decreto stabilisce, come abbiamo detto, se la relazione debba essere affidata ad un giudice od ai procuratori (art. 178). Avvertasi che, per le cause formali, quando il tribunale sia diviso in più sezioni, l'assegnazione di ciascuna causa a questa od a quella viene fatta dal presidente sin dall'incominciamento del giudizio ed ha poi effetto per tutta la sua durata (art. 210 e 211 del regol. gen. giudiz., modif. col r. d. 8 giugno 1868). Dopo il decreto presidenziale ha luogo l'*estrazione della causa dal ruolo di spedizione* e la sua *iscrizione sul ruolo d'udienza*. Questa formalità si compie esclusivamente a cura del cancelliere, il quale, secondo la priorità delle iscrizioni nel ruolo generale di spedizione iscrive le cause sopra quello d'udienza, determinando così l'ordine in cui verranno chiamate alla discussione. Il codice non dà altra avvertenza in proposito se non quella che tra l'iscrizione nel ruolo di udienza *(estrazione)* e la discussione devono passare almeno otto giorni (art. 179); l'art. 244 del regolamento generale giudiziario dispone che del giorno destinato venga data notizia ai procuratori con semplice avviso dell'usciere. Nell'intervallo il giudice relatore, se v'è, prende cognizione della causa; e così il pubblico ministero nei casi in cui deve concludere; se no, i fascicoli sono restituiti ai procuratori perchè essi e gli avvocati possano prepararsi a discutere (art. 178). Anche essendovi il giudice relatore possono le parti ritirare momentaneamente i loro fascicoli, col permesso del presidente, quando ne giustifichino il bisogno (art. 180).

Per tutto quanto riguarda la nomina e l'ufficio del relatore, l'udienza, il foglio di udienza, la discussione orale della causa, l'intervento del pubblico ministero, la consegna dei fascicoli dopo la discussione, ecc., rinviamo alle notizie e considerazioni esposte a proposito del procedimento ordinario nel capo antecedente.

CAPO IV.

Degli incidenti e della istruzione del giudizio.

SEZIONE I. — *Degli incidenti in generale.*

332. Abbiamo studiato l'organismo del processo civile nello schema più semplice, tanto per il rito sommario che per il formale. Abbiamo tenuto come presupposti del nostro studio, lo svolgimento della lite fra i soli originari o principali contraddittori (attore e convenuto), la formazione del materiale probatorio mediante prove precostituite, sussidiate dagli elementi che forniscono gli atti processuali, la mancanza di contrasti fra le parti circa il valore giuridico formale di tali prove precostituite, o la concorde ammissione dei fatti del cui valore o delle cui conseguenze, in linea di diritto, si discute. Ma se è possibile che i fattori fin qui considerati siano sufficienti alla completa formazione del processo civile, è altrettanto possibile che le circostanze e le vicende della lite determinino la sopravvenienza o l'aggiunta di altri elementi i quali ne complicano la struttura e dànno origine talvolta allo sviluppo di organismi processuali secondari, governati da loro norme particolari, i quali hanno funzione cooperatrice per il conseguimento dei risultati a cui tende il processo principale. Codesta eventualità si presenta appunto, sotto aspetti diversi, in quei casi nei quali non possono rimanere inalterati i presupposti che dianzi notammo; vale a dire, quando alle parti principali (attori e convenuti) sia utile o necessario che si aggiungano altre figure di contendenti, estranei in origine alla lite; ovvero quando le prove fornite dai documenti e dagli atti processuali non bastino o manchino e sia mestieri fornire per altre vie al magistrato i mezzi di convinzione allo scopo di stabilire il tema di fatto della controversia; od, in fine, quando le prove precostituite siano oggetto d'impugnazione dal punto di vista del loro valore giuridico formale, sì che il magistrato debba preliminarmente risolvere siffatta contesa, per essere in grado di sapere se il

documento è idoneo, o non, a funzionare come mezzo di prova nel processo.

333. Il codice di procedura giustamente considerò che le parti possono essere d'accordo sulla necessità di compiere gli atti necessari per corrispondere alle esigenze di simili accidentalità processuali, pur rimanendo tra loro in contrasto sul fondo della controversia e pur mantenendo, per così dire, posizione di battaglia anche nello sviluppo di codesti atti, a cui ciascun litigante, com'è naturale, ha interesse di imprimere quel particolare indirizzo che a lui riesce più propizio. Ma considerò pure che può esservi discordia sulla indicata necessità; vale a dire, che può sorgere dissenso fondamentale sulla legittimità, o meno, di aggiungere un terzo contraddittore nella lite, sulla utilità o legalità di una ricerca probatoria, sull'importanza della impugnazione elevata contro un documento o sulla validità estrinseca od intrinseca della medesima; così che, nascendo in tali ipotesi un contrasto preliminare su taluno dei temi indicati, è giocoforza che vi intervenga la relativa decisione per spianare la via lungo la quale il processo dovrà indi riprendere il suo corso normale.

334. Le accidentalità od episodi del giudizio cui accenniamo ebbero il nome di *incidenti;* l'etimologia di questa parola posta in rapporto con la funzione ora brevemente spiegata, dimostra come sia appropriata al suo uso; conseguentemente è denominata *procedura incidentale* la serie degli atti mediante i quali un incidente si svolge e raggiunge il proprio risultato immediato, che poi ha valore di mezzo o di elemento in relazione alla finalità del processo principale. E si chiama domanda incidentale l'atto con cui si inizia la procedura relativa ad un incidente.

I casi che abbiamo indicati di sopra non comprendono tutte le categorie degli incidenti. Devono anzi essere distinti quelli che si svolgono nel corso del giudizio, cioè nel periodo fra la citazione e la sentenza, da quelli che si svolgono *prima* della citazione (p. es. una domanda di sequestro, una nunciazione) ovvero *dopo* la sentenza (p. es. liquidazione delle spese, correzione della sentenza) i quali pure partecipano dei caratteri e delle funzioni processuali dell'incidente.

Gli incidenti che si svolgono *nel corso del giudizio* sono in principalità quelli menzionati più sopra; il codice considera come materia d'incidente anche le eccezioni preliminari di incompetenza e nullità di atti; e sebbene disciplini questa parte del procedimento solo in contemplazione del giudizio a rito formale, nell'odierno sistema essa appartiene anche al procedimento sommario, salva qualche differenza nelle forme in cui si svolgono i diversi incidenti nei due riti.

335. Pertanto, gli incidenti che possono sorgere *nel corso di un giudizio* e che hanno per essenziale uffizio di servire alla preparazione e alla istruzione della controversia principale, si dividono, secondo l'ordine e il sistema del codice, in quattro gruppi o classi:

1° risoluzione di questioni sollevate mediante eccezioni pregiudiziali o preliminari che impediscono l'iniziamento della istruzione o lo arrestano nel suo corso;

2° introduzione di nuove figure di contraddittori nel processo;

3° introduzione e formazione di prove sotto la garanzia di apposite discipline giudiziarie;

4° controversie sul valore giuridico formale di prove precostituite usate in giudizio da una delle parti.

Delle altre categorie d'incidenti, *preventivi* o *successivi* al giudizio, parleremo altrove, mano mano che dovremo illustrare gli istituti processuali che ne sono il contenuto.

Come abbiamo già accennato, può darsi che la proposta di una *domanda incidentale* trovi consenziente l'avversario nella necessità o convenienza di procedere agli atti di formazione del *processo incidentale,* ovvero che incontri la di lui opposizione. Fu saviamente avvisato che nelle due ipotesi l'uffizio del magistrato deve essere esercitato con diversità d'intento. Nel primo caso, essendo concordi le parti nel giudicare che lo svolgimento dell'episodio incidentale occorra o giovi ai fini del processo, il magistrato non può spiegare azione od autorità in senso contrario, poichè la concordia delle parti sottrae al di lui esame ogni questione che potesse riferirsi a codesto oggetto; ma tuttavia la di lui ingerenza è richiesta, o per i provvedimenti di autorità necessari ad esaurire l'incidente, o per la funzione direttiva e di con-

trollo da esercitare sullo svolgimento del medesimo affinchè i suoi risultati servano efficacemente ai fini processuali cui sono destinati; il che vedremo analiticamente come ottengasi in vario modo secondo il diverso oggetto di ciascun incidente. Invece, quando vi è un contrasto fondamentale sullo stesso tema della domanda incidentale, è manifesto che debba decidere il magistrato; e la decisione non solo è per sua natura un atto di giurisdizione, ma esercita una necessaria influenza sull'atto finale della giurisdizione, cioè sulla pronunzia relativa al merito. In virtù di tali considerazioni, la legge ha disposto diversamente circa la forma d'ingerenza del magistrato nelle due ipotesi. Se le parti sono d'accordo, la procedura si svolge sotto la esclusiva direzione ed autorità di un giudice singolo; prima del presidente, indi di un giudice delegato, quando occorra; nè il collegio interviene fuori che in casi e per motivi eccezionali; così si ha il vantaggio di un andamento più rapido ed economico confacente allo stato di esteriore concordia dei litiganti. Se poi questi non sono d'accordo, la controversia che sorge incidentalmente fra loro è, di regola, devoluta immediatamente al collegio perchè spieghi la sua normale giurisdizione per definirla; e in qualche caso eccezionale gli è devoluta mediatamente e sotto condizione, attraverso, cioè, ad un preventivo e provvisorio provvedimento presidenziale che le parti sono libere di impugnare avanti il collegio, o di rendere definitivo accettandolo.

336. Questo meccanismo della procedura incidentale trovò la sua espressione più semplice nel rito sommario, nel quale venne introdotto mercè le disposizioni della legge 31 marzo 1901 (art. 4 e 12) come esponemmo nel capo primo di questo titolo (1). La parte che intende promuovere una

(1) Citiamo l'art. 4 della legge insieme all'art. 12, poichè quest'ultimo considera solo le istanze incidentali *per ammissione* di mezzi istruttorii; mentre l'art. 4 stabilisce che il presidente dà in udienza « i provvedimenti a lui demandati *(intendasi dalla legge)* e quelli consentiti dalle parti »; così rimane chiarito che egli esercita su ogni sorta d'incidenti le attribuzioni prima conferitegli per il solo rito formale; ciò che è d'altronde ampiamente confermato dai lavori preparatorii della legge, dalle discussioni parlamentari dal decreto di coordinamento, 31 agosto 1901 e dalla relazione ministeriale che lo accompagna.

istanza incidentale la deduce mediante comparsa, nell'udienza davanti al presidente. Se l'altra parte è d'accordo, la dichiara mediante comparsa, oppure verbalmente; in questo caso la adesione è notata nel foglio d'udienza. Sull'accordo, il presidente emana un'ordinanza; e quando il provvedimento dia luogo a esecuzioni di ulteriori atti del processo incidentale, l'ordinanza stessa contiene la delegazione del giudice innanzi al quale, o a cura del quale, saranno compiuti. Se per qualsivoglia motivo l'ordinanza non può essere pronunziata in udienza, il presidente può riserbarsi di pronunziarla nel giorno successivo; per essere meglio informato, egli può altresì prescrivere che le parti compariscano innanzi a lui dopo l'udienza o nel giorno seguente (art. 30 del decreto di coordinamento); nel medesimo caso di differimento della pronunzia devono essere consegnati al cancelliere, udienza stante, gli atti e documenti di cui può occorrere la cognizione (art. 21 citato decreto). L'ordinanza è inserita nel foglio di udienza (art. 14 della legge e art. 44 e 45 del decreto di coordinamento). Quando è delegato un giudice del tribunale o della corte per esaurire un procedimento istruttorio, le parti possono proporre innanzi al medesimo le ulteriori istanze incidentali per nuovi atti di istruzione; compiuta ogni parte del suo ufficio, egli destina l'udienza del tribunale per la continuazione della causa e il provvedimento non è notificato ai procuratori presenti (v. n. 313); se poi tale provvedimento non è dato, per qualsivoglia motivo, una parte chiama l'altra a udienza dopo esaurito l'incidente, con atto per biglietto e col termine di tre giorni (art. 13 della legge). Ancora davanti al presidente possono essere proposte istanze incidentali *fuori d'udienza* (1), qualora la causa non si trovi iscritta sul ruolo di spedizione (art. 12 primo capoverso della legge); il che può accadere nell'intervallo del termine di comparizione, quando si tratti di

(1) L'art. 12 della legge nel primo capoverso si riferisce, letteralmente, alle sole domande per ammissione di mezzi istruttorii. Ma, pel collegamento che abbiamo già riconosciuto fra l'art. 12 e l'art. 4, è da ritenere che anche *fuori di udienza* la funzione del presidente per gli incidenti abbia eguale estensione nel rito sommario come nel formale. Lo confermano gli articoli 39 e 53 del decreto di coordinamento.

qualche provvedimento urgente (p. es. una inibitoria, un esame testimoniale a futura memoria, ecc.), o quando nella causa sia stata proferita sentenza interlocutoria, o siano stati eseguiti atti di istruzione senza che vi sia stato il provvedimento di rinvio all'udienza. La proposta della domanda incidentale si deve fare, in questi casi, con citazione avanti il presidente, secondo le regole che appresso esporremo (n. 339).

337. Quando le parti non sono d'accordo, la funzione del presidente è d'ordinario eliminata; in altre parole, la controversia sulla domanda incidentale passa *ipso iure et facto* alla competenza del tribunale, cioè viene posta in discussione; libero alle parti di discutere sul solo incidente, o di proporre eziandio conclusioni sul merito come fu spiegato in precedenza (v. n. 301). Ma l'esercizio della podestà presidenziale in modo straordinario può essere giustificato *dall'urgenza*. Coordinando in questa parte gli articoli 4 e 12 della legge sul procedimento sommario al sistema del codice di procedura, il r. d. 31 agosto 1901 tenne presenti le disposizioni ivi dettate negli art. 182 e 183 e le dichiarò estese al giudizio sommario (art. 40 del decreto di coordinamento). Il contenuto dei mentovati articoli 182 e 183 è esposto qui appresso (n. 345).

338. Tali le norme generali della nuova procedura per gli incidenti nel giudizio sommario. La illustrazione di quelle date dal codice pel giudizio formale ebbe molta importanza prima della legge 31 marzo 1901, ma non più ora; ed è inutile ripetere le ragioni del mutamento. Tuttavia giova darne una spiegazione sufficientemente analitica, giacchè se per l'avvenire qualche causa sarà trattata col procedimento formale sarà appunto in casi in cui occorra una istruzione complicata e quindi l'applicazione del procedimento incidentale.

339. Proposto l'oggetto dell'incidente con la notificazione di una comparsa, la parte ha facoltà di attendere le deduzioni del suo avversario. Suppongasi che sia chiesta nella comparsa una prova testimoniale; l'avversario dichiarando nella sua risposta di ammettere i fatti che vorrebbersi provare, renderebbe superfluo proseguire l'incidente. E

così in altri casi può tornare utile una consimile attesa. Ma se l'avversario non risponde o la parte la quale promuove l'incidente non vuole indugiare, essa lo cita a comparire avanti il presidente del tribunale, il quale od in persona, o a mezzo di un giudice delegato da lui all'uopo (art. 186 e art. 201 e 202 regol. giudiz.), tiene udienze settimanali per gli incidenti. Nei tribunali composti di più sezioni, il giudice incaricato di presiedere la sezione, o quello specialmente delegato, tiene tali udienze, per le cause alla rispettiva sezione appartenenti. La citazione, nella quale deve essere designato il giorno dell'udienza incidentale, è atto dell'usciere e può farsi indifferentemente appiedi della comparsa e insieme alla notificazione di essa, ovvero in via separata per semplice biglietto: il termine di comparizione è di tre giorni; ma nei casi d'urgenza è in facoltà del presidente di abbreviarlo anche ad ore (art. 185). La citazione è diretta al procuratore.

Se queste forme preliminari sono semplicissime, non lo è meno la trattazione innanzi al presidente. Egli non è punto obbligato ad interporsi per eccitare le parti ad una conciliazione nel caso che siano discordi. Si limita a prendere cognizione della domanda incidentale e a raccogliere le dichiarazioni dei litiganti in apposito processo verbale, per l'effetto indicato nell'art. 181, che è utile riferire con le parole del testo: « Se le parti siano d'accordo sulla risoluzione, *(il presidente)* provvede per l'esecuzione. Se non siano d'accordo, rimette le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente od anche del merito ». Poche parole, che fecero scrivere in altri tempi molte pagine di commenti e che procureremo di illustrare nel modo più semplice e razionale.

340. Se le parti siano d'accordo. — In questa ipotesi il presidente provvede per la esecuzione mediante ordinanza. Ciò in primo luogo significa che nel caso di accordo delle parti, non rimane al magistrato nulla a decidere e deve solo suggellarne ed adempierne le volontà. In un certo senso questa regola muove dal concetto dominante nel nostro procedimento civile, lo sviluppo del quale, nella istruzione come nel merito, è affidato alla diligenza ed all'interesse

dei contendenti. Ma per altri riguardi il dettato della legge è assai imperfetto. Suppongasi un incidente sopra la *eccezione di incompetenza.* Il citato viene alla udienza incidentale e dichiara che riconosce la incompetenza del tribunale. A quale *esecuzione* provvederà il presidente? Dell'argomento riparleremo nella seguente sezione (n. 347). Ma ognun vede sin da ora che egli non può certo *pronunziare la incompetenza* del tribunale, in base all'accordo delle parti; e che, se la pronunziasse, eccederebbe la misura naturale del potere che gli spetta. L'applicazione letterale del testo ha luogo quando sia oggetto dell'incidente la chiamata di altre parti nella causa, ovvero l'ammissione di una prova. Poichè nella prima ipotesi il presidente darà gli ordini opportuni per effettuare la messa in causa del garante o dell'interveniente, nel secondo darà le disposizioni (che più oltre vedremo quali siano) per far esaurire la prova. Del pari, se sia domandato un provvedimento di custodia o conservazione nel corso di una causa di rivendicazione, od un assegno provvisionale durante un giudizio di divisione, e le parti lo concordino, il presidente disporrà per l'esecuzione. Così di altri casi.

Non manca un ulteriore argomento di difficoltà nella interpretazione del testo. Le parti possono essere concordi nel chiedere un provvedimento *illegale:* p. es. l'ammissione di una prova testimoniale sopra oggetto per cui è proibita (art. 1341 e seg. cod. civ.). Potrà il presidente *negare esecuzione* alla volontà dei litiganti? Per nostro avviso è da adottare la risposta negativa; ma non mancano i sostenitori della tesi contraria. La nostra opinione si fonda sul concetto che in generale le restrizioni alla ammissibilità di mezzi d'istruzione sono dettate nell'interesse delle parti, le quali hanno in questa materia un diritto di disposizione, in quanto possono rinunziare al beneficio loro offerto dalla legge. Altri invece opina che malgrado l'adesione e la pronunzia dell'ordinanza presidenziale le parti che vi hanno interesse non perdano la facoltà di impugnare l'efficacia giuridica degli atti istruttorii illegali. Abbandoniamo questa opinione (accolta nelle edizioni precedenti) perchè in contrasto inconciliabile col diritto di disposizione riconosciuto

in questa materia ai litiganti, l'effetto del quale non può essere revocabile.

341. Se le parti non siano d'accordo. — La giurisdizione del presidente è, in via normale, assai ristretta, di fronte alla discordia delle parti. Egli *dirige* il procedimento incidentale; ma il definire le controversie che in questo si determinano deve appartenere al magistrato stesso che ha giurisdizione sul merito. Diretta od indiretta che sia, ciascun incidente istruttorio ha una influenza sopra il finale risultato della lite; se poi non si tratta di incidenti d'istruzione, ma di domande accessorie od altrimenti connesse colla principale, è chiaro che, venuta meno la speranza d'un accordo fra le parti, cessa la ragione di trattenerle avanti il presidente. Per l'uno o l'altro degli indicati motivi, è dunque il tribunale che, nel caso di discordia fra i litiganti, deve, con sentenza interlocutoria od incidentale, dare la deliberazione di sua competenza. L'ordinanza del presidente deve in questo caso rimettere la ulteriore trattazione dell'incidente innanzi al collegio. Perchè questa trattazione abbia luogo colla speditezza che non può scompagnarsi dall'indole di una disputa incidentale, il legislatore prescrive per essa una forma di procedura analoga al rito sommario. Il presidente rimette le parti avanti il tribunale ad *una udienza fissa* (art. 181), e nella stessa ordinanza dà altre disposizioni relative alla iscrizione a ruolo dell'incidente ed allo scambio delle comparse conclusionali, non che alla relazione della causa (art. 184).

Il disaccordo delle parti si accerta, o con le loro dichiarazioni, se entrambe si presentano, o pel fatto stesso della non comparizione della parte citata, se questo si verifichi. Il codice parla qui (art. 183 e 184) affatto impropriamente di *contumacia dei procuratori*. Simile specie di contumacia non è ammessa dal nostro sistema processuale. Il procuratore una volta costituito rappresenta costantemente la parte; e la sua non comparizione all'udienza incidentale è soltanto una forma di tacita opposizione, giacchè attesta in un modo legale ed efficace il rifiuto di aderire alla domanda avversaria.

Se non compare innanzi il presidente colui che si è reso attore incidentale, è in facoltà dell'altra parte, regolarmente

comparsa, di manifestare la propria opposizione e chiedere il rinvio al tribunale per la decisione, prevenendo così la possibilità di vedere risollevata più tardi la medesima istanza. Potrà ancora, in questa ipotesi, lasciar cadere senza effetto l'udienza presidenziale e colla immediata iscrizione a ruolo affrettarsi alla chiusura dell'istruttoria se ciò le sembri più conforme al proprio interesse. Non comparendo nè l'una nè l'altra, l'incidente si ha come non proposto, ma resta possibile tuttavia di riproporlo.

342. Il testo parla di rimessione a udienza fissa *per la risoluzione dell'incidente* OD ANCHE DEL MERITO. Che cosa significano le ultime quattro parole?

La relazione Pisanelli spiega che, *sopra istanza d'una parte*, il presidente, « invece di limitare la discussione sull'incidente, potrà fissare l'udienza per la decisione di questo e ad un tempo del merito della causa. Tale facoltà attribuita al detto magistrato è diretta ad impedire che una delle parti possa, col proporre questioni incidentali, al solo scopo di defatigare l'avversario, protrarre troppo a lungo la definizione del giudizio ».

Le questioni interpretative, che si accumularono, malgrado questo chiaro e succoso commento, intorno al testo in esame, hanno perduto oggimai ogni importanza. Ma in presenza delle novità introdotte con la legge 31 marzo 1901 può rinascere sotto altro aspetto una questione vecchia e quasi dimenticata: la questione, cioè, se unito l'incidente al merito, la causa vada all'udienza come causa sommaria o come causa formale, nei casi, lo si comprende, in cui sia stata ordinata la mutazione del rito. È verosimile che la questione si presenti rarissimamente; ma ciò non dispensa l'interprete dall'esaminarla.

La concludenza pratica di siffatta questione si riassume nella indagine se all'udienza stabilita dal presidente per la discussione dell'incidente *e del merito* il periodo istruttorio si consideri aperto, o irrevocabilmente chiuso, per guisa che sia permessa o vietata la presentazione di nuovi documenti, la modificazione delle conclusioni, la proposta di nuove eccezioni o di altre prove, ecc.

343. Quando esaminammo, nella prima e nella seconda edizione, le lunghe dispute svolte dagli interpreti sotto il

regime del codice, non ci parve di mettere in dubbio la esattezza della risoluzione più severa (chiusura irrevocabile del periodo istruttorio). Trovandosi la causa in corso di trattazione con le norme di procedimento formale, *allora ordinario*, non sarebbe stato logico argomentare dalle discipline del procedimento sommario, *allora eccezionale*, per interpretare l'art. 181 nel senso che la unione dell'incidente col merito rendesse sommario il giudizio formale. Le ragioni di tale avviso furono da noi riassunte in queste osservazioni:

a) che lo scopo del codice era stato quello di offrire un mezzo sollecito per chiudere il contraddittorio alla parte che credesse *sufficientemente istruita la causa* e stimasse semplici *tentativi dilatorii* le domande incidentali dello avversario;

b) che niuna parola del testo autorizzava a supporre contenuto nell'attuazione di questo mezzo *un mutamento del rito ordinario;*

c) che tra le regole del rito sommario puro e semplice (del codice) e quelle date nell'art. 184 per la discussione portata a udienza fissa con l'ordinanza presidenziale, si notano non lievi differenze, massime per la preventiva *notificazione delle comparse conclusionali*, propria del rito formale, e per la facoltà accordata dalla legge al presidente di destinare un giudice per la relazione della causa.

Nelle edizioni posteriori esponemmo quale sia stata l'influenza della nuova legge sulla controversia. Il procedimento formale non è più il rito ordinario, ma è *una fase* per cui può talvolta passare il giudizio civile, per ricevere una più matura istruzione. La parte che opponendosi alla istanza incidentale dell'avversario domandi di trattare il merito, rivela il pensiero che le condizioni della causa permettano di completarne l'istruzione all'udienza; e poichè questo non è più un modo *eccezionale,* ma è il modo ordinario di istruire le liti, nessuno può negare che qualora veramente le condizioni della causa siano quelle testè accennate, il chiedere che sia portata all'udienza per la discussione del merito è perfettamente legale, poichè in siffatte condizioni sarebbero da riconoscere cessati i motivi che avevano consigliato l'uso del procedimento formale.

In altre parole e per concludere, noi riteniamo che, al presente, per virtù della legge 31 marzo 1901, in una causa rimandata al procedimento formale, la domanda di unione dell'incidente e del merito è semplicemente un modo col quale si ritorna al procedimento ordinario; e poichè questo ammette atti d'istruzione in udienza, è ragionevole opinare che la causa giunga all'udienza *a processo aperto*.

344. Sono pacifiche le seguenti ulteriori regole: che il presidente non può negare l'unione quando sia domandata, ma non può ordinarla d'uffizio; che le parti possono concordare la discussione del merito insieme con l'incidente anche se non vi fu ordine di unione nè analoga domanda al presidente; che la discussione del merito s'intende sempre fatta subordinatamente a quella dell'incidente, ossia alla ipotesi che il tribunale respinga la domanda incidentale; che, ordinata l'unione delle discussioni, la parte che propose la istanza incidentale non potrebbe impedire l'esame del merito ed eventualmente la decisione su di esso, solo con l'astenersi dal proporre le proprie ragioni e conclusioni sul fondo della lite.

345. La procedura incidentale presenta evidenti pregi di celerità ed economia qualora ottengasi l'accordo delle parti. E ciò in ispecie quando trattisi di ammissione di prove o di provvedimenti conservatorii od interinali. Ma l'accordo non è facile a conseguire; e potrà sembrare utile ad un litigante opporsi alla domanda dell'avversario, se pure la riconosca giusta e fondata, per guadagnar tempo e per tentare le sorti della discussione. Ora, quando si abbia da rimettere la decisione della controversia al tribunale, ne deriva una dilazione che può talvolta riuscire incompatibile colla urgenza del provvedimento domandato. Per soddisfare il bisogno di una più pronta risoluzione nei casi urgenti, la legge conferisce speciali poteri al presidente, investendolo provvisoriamente e con effetto precario della giurisdizione che spetta al collegio. Egli può dare, in tali casi, colla sua ordinanza, i provvedimenti necessari, dichiarandola esecutiva non ostante reclamo, con o senza vincolo di cauzione (art. 182 del codice e art. 40 del r. d. 31 agosto 1901). Diciamo che questa eccezionale giurisdizione è di carattere precario,

non potendola considerare sostituita interamente a quella del tribunale. Se contro l'ordinanza del presidente sia elevato reclamo, è il tribunale che giudica in sede di prima istanza, confermando o revocando la deliberazione impugnata (articolo 183). Il reclamo può essere proposto subito dopo la emanazione dell'ordinanza, nello stesso processo verbale dell'udienza presidenziale; allora l'udienza per la discussione innanzi il collegio è fissata dal presidente. Può anche essere proposto successivamente mediante citazione nel termine di tre giorni, la decorrenza dei quali ha luogo dalla pronunziazione dell'ordinanza quando i procuratori vi siano stati presenti, o dalla notificazione nel caso contrario (art. citato). Questa regola circa la decorrenza del termine è generale per tutte le ordinanze come risulta dal primo capoverso dell'art. 367.

Mancando il reclamo nel termine di tre giorni, l'ordinanza diventa irrevocabile, salvo il caso, crediamo, di eccesso di potere, che è contemplato nell'ultimo capoverso dell'articolo 209, di cui parleremo nella sezione quarta. Tale irrevocabilità non è da parificare all'autorità della regiudicata, che nasce soltanto dalla sentenza (art. 1351 codice civile), cioè, da un atto di piena giurisdizione. Essa piuttosto trae ragione dall' acquiescenza delle parti al provvedimento presidenziale; nè il termine assegnato dalla legge, oltre il quale ne è presunta l'accettazione, può sembrare troppo breve, considerata la necessità di rendere spedita in ogni parte la procedura degli incidenti.

Sezione II. — *Incompetenza e nullità di atti.*

346. Intraprendendo lo studio analitico dei vari gruppi d'incidenti, seguiamo l'ordine del codice che è anche conveniente dal punto di vista del metodo, giacchè conduce dai più semplici a quelli che gradatamente presentano maggiori complicazioni processuali.

Il codice si occupa delle eccezioni d'incompetenza negli art. 187 a 189; e poichè le disposizioni degli art. 187 e 188 furono già diffusamente spiegate nel primo libro (n. 95 e seg. e n. 185), è ora da prendere in considerazione soltanto

l'art. 189, così concepito: « Le questioni d'incompetenza e di declinatoria del foro sono proposte e giudicate secondo le norme stabilite per gli incidenti ».

In via generale, rammentando che questa disposizione fu dettata con riguardo all'antico sistema del procedimento formale, si presenta utile la forma di trattazione e di giudizio *autorizzata* dalla legge; imperocchè essa serve a circoscrivere la disputa e la sentenza intorno al punto specifico e pregiudiziale della competenza, che, sussistendo la elevata eccezione, vieta al magistrato e rende intempestive per le parti le divagazioni sul merito. Ciò dicasi per qualunque specie di controversia sulla competenza, anche se assoluta. Ma dicemmo *autorizzata*, non *prescritta*, la forma incidentale; invero, appunto perchè l'incompetenza *assoluta* può essere rilevata d'uffizio dal magistrato e dedotta dalle parti in qualunque stato e grado della causa, sarebbe inconcepibile il divieto di proporla o giudicarla altrimenti che nelle forme degli incidenti. E siccome il testo non distingue, è da ritenere che anche l'eccezione d'incompetenza *relativa*, purchè elevata in tempo utile e in debita forma, possa essere proposta a giudizio insieme col merito oppure in via incidentale, come meglio giova ai contendenti.

347. Quali sono i poteri del presidente rispetto alle questioni incidentali sulla competenza? È intuitivo che in tema di incompetenza *assoluta* l'accordo delle parti non lo autorizza a pronunziare, nè in via definitiva, nè in via provvisoria; l'accordo non ha nessun effetto contro la legge (v. n. 95 e seguenti); e se il presidente dichiarasse incompetente il tribunale per materia, valore o grado egli commetterebbe un eccesso di potere. In conseguenza, potrà solo rinviare le parti al collegio, se esse intendano provocare una deliberazione giudiziaria atta a costituire giudicato sulla questione. Al contrario, in tema di incompetenza *relativa*, la concordia delle parti ha efficacia decisiva e obbligatoria, anche a deroga della legge; laonde, stabilito tale accordo può il medesimo ricevere esecuzione mercè ordinanza del presidente, contro la quale non è ammesso reclamo. Siffatto concetto fu chiarito nelle disposizioni del regio decreto 31 agosto 1901, che porta nell'art. 34 la regola seguente:

« Se vi sia accordo sopra una eccezione di incompetenza per territorio, o per connessione di causa o per litispendenza, il presidente provvede con ordinanza e rinvia le parti all'autorità giudiziaria che deve conoscere della causa per ragione della connessione o della litispendenza ». Il testo non parla di rinvio nel caso di semplice eccezione d'incompetenza per territorio, perchè può darsi che le parti siano d'accordo soltanto nel riconoscere la incompetenza del tribunale adìto, nè il presidente potrebbe pregiudicare con l'ordinanza di rinvio le questioni sulla competenza di altro magistrato, e nemmeno stabilire la regiudicata sulla incompetenza del collegio adìto, essendo il di lui ufficio limitato a dare atto dell'accordo delle parti e a provvedere perchè riceva esecuzione.

La disposizione ora riferita è applicabile anche nel caso in cui sorga l'incidente dopo l'ordine di proseguire la causa a rito formale.

348. Le questioni di nullità possono essere in stretto senso puramente *incidentali*, ovvero in senso più largo *pregiudiziali*, secondo che abbiano per oggetto un *atto intermedio* del processo, l'annullamento del quale, se pronunziato, lasci in vita l'istanza, od invece un atto *fondamentale* (p. es., la citazione), che una volta annullato trascina l'intiero processo nella propria sorte. L'accordo delle parti è sempre efficace a sanzionare la nullità di un atto giudiziario; e quindi, se tale accordo si forma, il presidente lo sanziona con l'ordinanza, gli effetti della quale saranno differenti, secondo la distinzione delle due ipotesi ora indicate.

349. Il codice nell'art. 192, senza distinguere tra violazione di formalità essenziali o accidentali, stabilisce che per le eccezioni di nullità le parti si provvedono col rito degli incidenti; e che, qualora sia contumace la parte a cui gioverebbe la nullità, questa sarà rilevata d'uffizio. L'applicazione della seconda parte della regola non può avvenire senza derogare dalla osservanza della norma processuale stabilita nel primo alinea; giacchè il contumace non può proporre incidenti, nè il giudice per lui. Non si dimentichi per altro che, anche nelle discussioni in contraddittorio,

la forma degli incidenti è posta a disposizione delle parti per loro comodità, se ed in quanto vogliano sbarazzare il campo della istruttoria da una questione di carattere preliminare.

350. Proposto un incidente d'incompetenza o di nullità in procedimento formale, potrà essere domandata la discussione di esso unitamente al merito. Vi furono legislazioni che credettero di doverlo vietare espressamente, rispetto alle questioni sulla *competenza;* e così il codice francese (articolo 172). Ma i codici sardi non riprodussero quel precetto, e neppure il nostro. Onde non vi ha motivo per derogare dal generalissimo disposto dell'art. 181, tanto più per non esservi alcuna incompatibilità logica nell'unione in discorso. Nel procedimento sommario il dubbio non potrebbe nemmeno essere elevato.

351. Le regole *fondamentali* in materia di nullità sono quelle che esponemmo nel libro precedente (n. 69 e seg.). Il legislatore ha trovato opportuno di aggiungere alcune norme *processuali* che si trovano scritte avanti a quella dell'art. 192, e precisamente negli articoli 190 e 191. Tali norme non hanno altro scopo sostanziale che di restringere in ragionevoli confini la potestà di opporre l'eccezione contro *gli atti della procedura* che si trovassero affetti da vizi per i quali la legge stabilisce comminatoria di nullità. Sotto il nome di *atti di procedura* sono designati gli atti *delle parti,* ed in questo senso si vede usata pure codesta frase nel citato art. 191. Quindi non sono contemplati qui gli atti dei giudici o dei cancellieri; quanto agli atti di usciere, bisogna distinguere: le citazioni e le notificazioni, eseguite dagli uscieri, sono considerate nel sistema della legge come atti di parte; ed infatti l'atto di cui principalmente si occupano le regole in esame, con le disposizioni contenute nell'art. 190, è l'atto di citazione. Il principio generale che informa l'annunziata limitazione è il seguente: che l'eccezione di nullità, se non è proposta immediatamente dopo conosciuto l'atto nullo, s'intende sanata per rinunzia o ratifica dell'interessato. La ragione ne va cercata in ciò, che le forme degli atti di procedura sono destinate a guarentire l'interesse delle parti e l'effetto degli atti medesimi fra di esse. Ora se un litigante,

dopo che il suo avversario abbia posto in essere un atto nullo, prosegue la difesa, tenendo conto di quello come se fosse pienamente regolare, dimostra avere l'atto medesimo raggiunto il suo effetto; manca pertanto interesse in lui per farlo annullare.

352. Per l'atto di citazione, questo principio, giusta l'art. 190, si concreta nella regola che la comparizione del citato sana la nullità della citazione. La legge non distingue tra vizi e vizi; e noi non dobbiamo distinguere. Le nullità che derivano da incertezza o deficienza del termine a comparire, ovvero da incertezza circa le persone dei litiganti o sul giudice da adire, perdono manifestamente ogni gravità, quando il citato compare in giudizio. Le altre che riguardano l'oggetto della domanda, le ragioni di fatto o di diritto, la perdono del pari, giacchè in grazia della comparizione il citato avrà modo di essere chiarito di ogni lacuna od oscurità della citazione. Fu savio consiglio quello del nostro legislatore, di rendere omaggio alle ora dette considerazioni e togliere oziose e vessatorie contese che furono pur rese possibili dal codice francese (art. 173) e in diverso grado dai due sardi (cod. 1854, art. 256, e 1859, art. 253).

353. Si deve fare però un'avvertenza importante. La *comparizione* sana la nullità della citazione; ciò significa che questa diventa valida *dal giorno in cui ha luogo la comparizione.* Per conseguenza, se prima di tal giorno il convenuto avesse potuto *acquistare un diritto* che gli sarebbe stato impedito da una citazione valida, codesto diritto egli conserva impregiudicato malgrado l'effettuata comparizione. Così, se nell'intervallo tra la citazione nulla e la comparizione si fosse compiuto il periodo della prescrizione; così se si fosse compiuto il termine per l'appello; il diritto ad opporre la prescrizione o la regiudicata, acquistato prima del giorno in cui la citazione diventa valida, conserva ogni suo effetto (cit. art. 190).

Ma i lettori devono rammentare come a tenore del capoverso dell'articolo 145 (v. n. 254) le nullità che colpiscono soltanto la notificazione dell'atto non tolgono alla citazione l'attitudine ad impedire ogni decadenza di diritti e di termini. È quindi da intendere, e l'art. 190 lo dichiara, che

la riserva dei diritti quesiti vale pei soli casi in cui vi fu possibilità di acquisirli. Pertanto nell'ipotesi del citato capoverso dell'articolo 145, l'ordine che il giudice imparte perchè la citazione sia rinnovata, mantiene in istato condizionale i diritti che il citato avrebbe acquistati e potrebbe far valere in grazia della nullità della citazione. In altri termini: se l'ordine di rinnovazione sarà regolarmente ed esattamente adempiuto, la citazione si considera valida dalla prima sua data, per ogni effetto a questa successivo; se non sarà adempiuto, o se nuove nullità saranno commesse, la citazione è da considerare nulla fino dal principio, e potranno in tal caso essere fatti valere i diritti quesiti posteriormente.

Appunto perchè la legge interpreta la comparizione del convenuto quale una prova dell'effetto conseguito dalla citazione, la contumacia fornisce una prova contraria, onde è giustificata la già nota disposizione del capoverso dell'articolo 192, in cui è fatto precetto al giudice di pronunziare d'uffizio la nullità quando sia contumace la parte che avrebbe diritto di opporla (v. n. 75). Siccome per altro il contumace può comparire in giudizio più tardi, mediante opposizione od appello contro la sentenza contumaciale, fu stabilito che egli possa in queste sedi di reclamo, eccepire la nullità, qualunque essa sia, dell'originaria citazione, essendo legittimato da tale nullità il difetto della sua comparizione. In coerenza alle condizioni già accennate, è tuttavia assoggettato l'esercizio del suo diritto alla condizione che egli opponga la nullità *prima d'ogni altra istanza o difesa*, salvo che avesse da eccepire l'incompetenza per territorio, la quale ha precedenza su ogni altra; senza di che si avrebbe come stabilita la di lui rinunzia alla eccezione (capoverso cit., art. 190).

354. Le nullità degli atti di procedura posteriori alla citazione si presumono convalidate per rinunzia dell'interessato, quando non siano opposte *specificatamente nella comparsa successiva all'atto che si vuole impugnare* (art. 191). I codici sardi, negli articoli citati (n. 352), designavano, forse più concretamente, *lo scritto successivo a quello impugnato, in cui si contengono deliberazioni di merito.* Ma non

possiamo dubitare che sia da interpretare con pari larghezza la parola *comparsa*, secondo la definizione dell'art. 162 del codice. Perciò, se ad un atto nullo dovessero, per la natura del medesimo, seguire immediatamente atti diversi da una scrittura, p. es., la semplice comparizione delle parti ad un'udienza, il silenzio conservato nel corso di simili atti non induce convalidazione; ma se il silenzio è serbato *in un atto scritto*, di citazione od altro, che occorra nella lite anche prima di una vera e propria *comparsa*, l'eccezione di nullità si intende abbandonata.

Sezione III. — *Chiamata in garantìa ed intervento in causa.*

§ 1. — Generalità.

355. I due casi nei quali può aver luogo l'ingresso di altro contraddittore nella lite sono quelli da cui s'intitola la presente sezione. E sono al tempo stesso due istituti processuali molto importanti e tra loro sostanzialmente diversi: in quanto che la chiamata di un garante in giudizio si fonda sulla obbligazione che incombe ad un terzo, in correlazione all'oggetto della lite promossa fra l'attore e il convenuto; l'intervento in causa ha per ragione determinante l'*interesse* del terzo nella lite. Onde, mentre la chiamata in garantìa dà origine ad una domanda giudiziale che può svolgersi anche indipendentemente dalla principale, e rappresenta un'azione eminentemente connessa con questa, l'intervento in causa *normalmente* non ha altro effetto se non di aggiungere nella lite già vertente un contraddittore di più. Diciamo *normalmente*, poichè vi hanno casi in cui anco dall'intervento in causa vedremo generarsi un'azione dotata di vita propria e suscettibile di separazione dalla principale, a cui è normalmente connessa.

Sebbene questa possibilità possa talvolta togliere alla chiamata in garantìa ed all'intervento in lite il carattere di elementi istruttorii dell'azione principale, è sempre dalla proposizione di questa che traggono la loro origine e lo svolgimento. Onde sta bene considerarli precipuamente nella qualità di incidenti della istruttoria, pur non lasciando di rilevare come e quando possano o debbano perderla.

§ 2. — Chiamata in garantìa.

356. In generale i codici di procedura hanno ammessa pel convenuto la facoltà di chiamare, nella medesima causa in cui egli deve rispondere alla domanda dell'attore, colui in confronto del quale ha diritto di garantìa. Il codice francese classificò la domanda di chiamata d'un garante fra le *eccezioni dilatorie* (art. 175); del pari il codice sardo del 1854 (art. 257) ed il parmense (art. 218); il regolamento gregoriano (§ 855) la considerò una forma d'intervento necessario o coatto; analogo è il concetto del codice germanico (§ 72) e del regolamento austriaco (§ 21). Nel codice ginevrino (art. 69), nel napoletano (art. 136), nel toscano (art. 235), nell'estense (art. 487), assunse la fisonomia di istituto processuale indipendente, che le è riconosciuta anche dal codice sardo del 1859 (art. 254) e dal nostro nelle disposizioni che esamineremo qui appresso.

357. La chiamata in garantìa, detta anche denunzia di lite, ha per iscopo il rilievo del convenuto dalle conseguenze della domanda dell'attore; rilievo che può essere parziale o totale, secondo la misura dell'obbligo del garante. Essa presenta caratteri ed effetti ben distinti, secondo che la garantìa sia da prestarsi per un'azione personale *(garantìa semplice)* o per un'azione reale *(garantìa formale)*. Il codice tiene conto delle due forme e delle loro differenze, ma non ne porge le definizioni, reputandole di dominio della scienza. Le troviamo nel codice parmense e nel sardo del 1859, concordi nella sostanza, sebbene alquanto diversi nelle espressioni. « La garantìa formale consiste nell'obbligo che si è contratto verso taluno, al quale si è ceduta una cosa od un diritto, di assumerne la difesa, ogniqualvolta egli sia messo in pericolo di soffrirne evizione » (codice parmense, art. 227, primo capov.). — « La garantìa semplice consiste nell'obbligo di indennizzare colui che, citato in giudizio dal creditore, non può esimersi dal rimanervi per essere personalmente obbligato » (cod. cit., art. 228, capov.). E nel secondo codice sardo (art. 260) leggiamo: « La garantìa formale si può chiedere in materia reale ed ipotecaria, e corrisponde all'obbligo dell'autore, pel caso di evizione,

verso chi ebbe causa da lui. — La garantìa semplice si chiede negli altri casi e corrisponde all'obbligo di indennizzare colui che, citato dal creditore, non può esimersi dal rimanere in giudizio come obbligato personalmente ».

Non è difficile comprendere, colla scorta di queste nozioni, che la garantìa formale contiene pure quella medesima obbligazione di indennizzo o rilievo che è insita nella garantìa semplice, pel caso che la domanda dell'attore venga accolta. Chi chiama il proprio autore a scopo di garantìa nel giudizio di evizione ha diritto non solo che lo difenda contro la domanda, ma che lo risarcisca dei danni nel caso di soccombenza, alla guisa medesima che il fideiussore citato dal creditore ha diritto al risarcimento da parte del debitore. Laonde vi sono regole generali comuni alle due specie di garantìa e regole speciali per la garantìa formale.

358. Sono in prima da esporre le regole comuni. — In quanto la garantìa è un vantaggio od una difesa che cerca il convenuto, essa non può arrecare al giudizio promosso dall'attore se non i ritardi strettamente indispensabili per proporre la relativa istanza. Perciò da tutte le leggi fu limitato il termine nel quale il convenuto ha diritto di chiamare in causa il garante. Il codice assegna nel procedimento formale il termine stesso concesso *per rispondere* (art. 193), quello cioè che decorre, secondo le attuali regole di procedura, dalla scadenza dei cinque giorni successivi alla ordinanza che manda proseguirsi la causa col rito formale (v. n. 320). Il termine è perentorio, nel senso che, una volta trascorso, l'attore ha diritto di proseguire l'istruzione della sua domanda, libero del resto al convenuto di iniziare quando voglia l'azione in garantìa, la quale rimane separata dalla principale, salvo accordo delle parti per la unione; e non può avere altra finalità che quella del risarcimento dei danni, anco se si tratti di garantìa formale (art. 197). Tuttavia, per ragione di connessione, essa continua ad appartenere alla competenza del giudice adìto per l'azione principale, salvo il caso di sua incompetenza per materia o valore, nel quale sappiamo che la chiamata in garantìa non è mai proponibile (v. n. 191 e 192).

Per proporre la domanda in garantìa deve essere, entro il detto termine, notificata la citazione al garante affinchè comparisca nel giudizio; se ne dà insieme notizia anche all'attore, sia mediante comparsa, sia mediante notificazione di copia della citazione fatta al garante. Adempiute regolarmente queste formalità, la causa principale rimane sospesa, sino a che sia spirato il termine per la comparizione del garante (art. 196) e siano risolute le eventuali questioni preliminari. Invero, il chiamato in garantìa può aver motivo di opporsi, contestando l'obbligo che il convenuto vorrebbe addossargli; e l'attore può avere a sua volta eccezioni di ordine o di merito contro la domanda comunicatagli. Tutte siffatte questioni, una volta eseguite le formalità predette, si devono trattare e risolvere col rito degli incidenti (art. 199).

359. Il codice non aveva dato nessuna norma per la chiamata in garantìa nel procedimento sommario; svolgendosi questo, teoricamente, in una udienza, non si poteva concepire altra forma di chiamata in garantìa che una citazione al garante per comparire all'udienza stabilita dall'attore. Dopo la riforma portata dalla legge 31 marzo 1901 diventò necessario coordinare al nuovo sistema anche questo istituto; al che provvide il decreto di coordinamento con le disposizioni dell'art. 32, che determina potersi proporre la chiamata in garantìa nel tempo in cui la causa sta davanti il presidente, il quale assegna il termine all'uopo, con riserva delle questioni a cui tale chiamata può dare origine, così nei rapporti fra le parti principali, come fra garante e garantito. Del resto la citazione del garante può farsi anche senza speciale autorizzazione del presidente, sia per la prima udienza o per altra a cui la causa sia rinviata; deve in ogni caso esserne data notizia all'altra parte, mediante comparsa o notificandole copia della citazione. Il testo citato dispone ulteriormente che, se le parti sono d'accordo sulla chiamata del garante, e, dopo avvenuta questa, sulla messa fuori causa del garantito, il presidente provvede con ordinanza (rito incidentale, v. n. 362); e che la chiamata in garantìa proposta dinanzi al collegio (cioè fuori di termine) non ritarda la decisione della lite princi-

pale (v. num. seguente). Ciò non significa che *in ogni caso* l'istanza di garantìa proposta davanti al collegio debba rimanere separata dalla causa principale, potendo anche verificarsi che sia in grado di ricevere decisione immediata insieme con la detta causa.

360. Sebbene le regole accennate conducano a stabilire che la domanda in garantìa deve essere proposta prima d'ogni altra istanza o difesa, v'ha però una questione che la legge vuole sia decisa anteriormente ad essa; ed è quella di declinatoria del foro (art. 195). Sarebbe infatti ozioso chiamare in causa il garante per farlo assistere a questa controversia che non lo interessa direttamente e che ha carattere preliminare ad ogni altra (art. 187, capov.). Nel caso pertanto di declinatoria del foro, il termine per la chiamata del garante decorre dal punto in cui quella controversia è risoluta, o per accordo delle parti dinanzi al presidente (v. n. 347), o per il passaggio in giudicato della sentenza che ne decide.

361. Il garante, si tratti d'azione personale o d'azione reale, può aderire in massima all'obbligo di rilievo preteso dal convenuto, sottoponendosi a cooperare nella difesa contro l'istanza dell'attore principale. Egli infatti ha pieno interesse di opporvisi in ogni maniera, poichè la reiezione di quella domanda lo libera dall'obbligo della garantìa.

Ma si possono presentare particolari circostanze per le quali la domanda di garantìa, quantunque proposta nel termine e nelle forme di legge, abbisogni di una sua particolare istruttoria distinta e diversa da quella dell'azione principale; in altre parole, che una lite si istruisca fra l'attore e il convenuto, ed un'altra fra questi e il garante, il quale non perciò sarà escluso dal prendere parte nella difesa contro l'attore, almeno come salvaguardia per l'ipotesi di propria soccombenza di fronte al convenuto. Quando il caso di tale separazione si verifichi, appare giusto che il maggior tempo richiesto per istruire la domanda in garantìa non ritardi il giudizio sull'azione principale, specialmente in vista del danno che altrimenti patirebbe l'attore mentre l'applicazione di questo provvedimento non nuoce nè al convenuto nè al garante. Il legislatore ha pertanto stabilito

che ove la domanda in garantìa non sia in istato di essere giudicata contemporaneamente all'azione principale, non può ritardare la decisione di questa (capoverso articolo 199 del cod. e ult. capov. art. 32 del regio decreto 31 agosto 1901). In simile ipotesi si avranno due sentenze successive; l'una emanata fra l'attore e il convenuto, in confronto eziandio del garante; l'altra fra il convenuto e il garante, alla quale l'attore rimane estraneo. Va da sè che respinta la domanda dell'attore, cesserebbe la materia del contendere fra il convenuto e il garante.

362. Le regole speciali della garantìa formale sono conseguenza logica della sua stessa natura. Il compratore, convenuto per evizione, chiama in garantìa il venditore. Il diritto minacciato coll'istanza dell'attore è quello trasmesso dal venditore; ond'è chiaro che le eccezioni contro la domanda non possono essere elevate dal compratore, se non in quanto esse già appartenessero al venditore. E poichè tali eccezioni può il compratore ben anco in tutto od in parte ignorarle, la chiamata in garantìa diretta contro il venditore ha per iscopo primario di porre in causa colui che effettivamente è il contraddittore vero ed immediato all'azione promossa. Il venditore, intervenendo, difenderà la causa come se fosse propria: ed allora al compratore poco o nulla rimane da fare, oltre che attendere l'esito della discussione. Egli può anche essere posto fuori del contraddittorio, se lo desidera, una volta che abbia messi di fronte i due antagonisti. Nè l'attore in evizione ha interesse contrario a ciò; poichè egli mira *alla cosa,* vanta un diritto sovra di questa e non contro la persona del convenuto. Non esita la legge a rendere omaggio a siffatte considerazioni, autorizzando il convenuto a chiedere di essere messo fuori di causa, quando il garante dichiari di assumerne la difesa (art. 198, primo alinea). Se poi il convenuto, pur lasciando assumere la difesa al garante, vuol essere in grado di controllarla e di coadiuvarla, egli ha diritto sempre di assistere al proseguimento della lite (capoverso cit. articolo), vale a dire di rimanervi presente, di ricevere tutte le notificazioni e di far quello che reputi opportuno per sussidio della difesa. Ma siccome il convenuto medesimo potrebbe avere qualche

obbligazione personale verso l'attore (per esempio, quella relativa ai frutti dell'immobile soggetto ad evizione od ai deterioramenti recativi), così è diritto incontestabile dell'attore di richiedere che *per l'adempimento di tali obbligazioni* egli rimanga in causa, quantunque la difesa sia stata assunta dal garante (capov. cit.). Le questioni sopra siffatti punti saranno trattate col rito degli incidenti (v. n. 359).

Al tema della garantìa formale sono strettamente connesse le disposizioni degli articoli 1496 e 1497 del cod. civile, che qui basta rammentare. L'azione per garantìa, in tema di diritti reali, può darsi che sia proposta non dal convenuto, come è ordinaria previsione della legge processuale, ma bensì dall'attore. Così, ad esempio, nel caso che il compratore di un immobile trovi ostacolo ad entrarne in possesso per la opposizione di un detentore che vanti diritto di proprietà. Iniziando il giudizio contro costui avrà egli anche interesse di chiamare in garantìa il venditore da cui ebbe causa; e potrà farlo, o con lo stesso atto di citazione, o con istanza proposta nel termine legale già indicato.

363. Nel caso in cui il garante abbia assunta la difesa, il garantito si trova da lui rappresentato nella causa. E qualora il garantito sia possessore della cosa controversa, egli, quantunque posto fuori di causa, non può sottrarsi, nel caso di soccombenza del garante, all'obbligo di eseguire la sentenza. Ciò spiega la disposizione dell'art. 200, giusta la quale le sentenze proferite contro il garante (nel caso di garantìa formale) sono esecutive anche contro il garantito; a tale effetto devono però essergli notificate.

Del rimanente, una volta che il convenuto sia stato posto fuori di lite, egli non è tenuto alle spese giudiziali, che rimangono un debito personale del garante, responsabile di aver voluto persistere in una pretesa illegale. Il capoverso dell'art. 200, detta questa disposizione, e la estende anche *ai danni*. Qui si tratta solo dei danni conseguenti dal fatto del garante e dalla lite; mentre i deterioramenti della cosa imputabili al garantito costituiscono una sua obbligazione personale come fu già notato.

364. Se il chiamato in garantìa creda aver diritto a sua volta di essere rilevato da altri, potrà proporre una

istanza di *sub-garantìa*. Le forme, i termini e le regole che vigono per la prima domanda di garantìa, sono comuni a tutte le ulteriori che da essa per avventura venissero generate (art. 194).

§ 3. — Intervento in causa.

365. Anche l'istituto processuale dell'*intervento in causa* è ammesso universalmente nel diritto giudiziario, trovandosene traccia nel diritto romano e avendo i codici moderni dettate regole più o meno complete intorno al medesimo.

Il fondamento di questo istituto (v. n. 355) è nell'*interesse* che può avere un terzo nella lite tra altri vertente.

La regola che gli effetti d'una sentenza operano solo fra le parti litiganti, fattasi nel moderno diritto molto sicura e ben definita, darebbe a prima vista motivo per credere che non vi siano mai condizioni nelle quali i terzi possano legittimamente professare interesse nella lite fra altri agitata. Pure è da riflettere in contrario che l'esecuzione di una sentenza può recare molestia o gravame *di fatto*, se non *di diritto*, al terzo che fu estraneo alla controversia. Egli avrà bene la libertà di promuovere tutte le azioni che tutelano il suo diritto; ma se la legge gli riconosce la facoltà di intervenire nella lite, fin che essa pende, ciò serve a *prevenire* danni contro i quali in via ordinaria potrebbe reagire solo dopo averli patiti. Il legislatore italiano, seguendo l'esempio del francese, accolse l'istituto dell'*opposizione di terzo*, appunto per riparare od arrestare con un mezzo di impugnazione diretta il danno minacciato al terzo dalla esecuzione della sentenza tra altri proferita; in coerenza al medesimo concetto accolse del pari l'istituto dell'intervento in lite, il quale tendendo ad eguale scopo, ma precedendo la prolazione della sentenza, riesce più comodo, più completamente efficace, più economico, tanto per il terzo che per le altre parti.

366. Se il diritto di opporsi alla sentenza fra altri pronunziata non deve estendersi al di là del confine segnato dal pregiudizio che la medesima può arrecare al terzo, la facoltà di intervenire in una lite tuttavia aperta ed in corso

d'istruzione può avere maggiore larghezza. Noi la troviamo fondata principalmente sull'estremo generico dell'interesse del terzo, rispetto a tutti i casi in cui egli liberamente si determini ad esercitarla; la troviamo ammessa anche *contro il terzo*, a favore delle parti principali, quando la presenza in giudizio d'altra persona sia giustificata dalla *comunanza della controversia* fra la medesima ed uno dei litiganti, e la vedremo perfino estesa alle ipotesi in cui l'intervento del terzo possa essere ritenuto semplicemente *opportuno*.

Dal punto di vista della sua finalità l'intervento in causa è di due specie: 1° intervento diretto a far valere il diritto proprio del terzo, divergente in maggiore o minor grado da quello rispettivo di entrambi i litiganti; ed *il solo interesse del terzo* lo giustifica; 2° intervento che mira alla tutela indiretta dell'interesse del terzo mediante la difesa di quello di un litigante; ed è la *comunanza della controversia* che ne costituisce la ragione determinante. L'intervento della prima specie è noto nella scuola sotto il nome di *interventio ad infringendum jura utriusque competitoris;* quello della seconda è chiamato *interventio ad coadiuvandum reum vel actorem.* In effetto il diritto proprio del terzo si manifesta, nella prima ipotesi, in una opposizione più o meno accentuata contro le istanze dei principali litiganti. Invece, nel caso di *comunanza di interesse* (seconda ipotesi), l'interventore, sebbene tuteli il proprio diritto, porta, in forma immediata, un contributo alla difesa dell'uno o dell'altro fra i contendenti.

367. Di siffatta classificazione che è determinata in modo spontaneo dal contenuto delle istanze e conclusioni del terzo contro le parti principali e di queste contro di lui, non si occupa il legislatore, il quale distingue soltanto le *forme* nelle quali l'intervento si opera.

Ammesso il principio che un terzo possa intervenire nella lite altrui, si doveva, secondo la logica, concedergli anzitutto la facoltà di farlo volontariamente; poi conveniva riconoscere alle parti quella di provocarlo. Inoltre, considerando l'utilità che può derivarne, il nostro legislatore accordò al magistrato la potestà di ordinarlo d'uffizio. Onde le

tre forme dell'intervento: *volontario* (art. 201), *coatto* (art. 203), e *ordinato dall'autorità giudiziaria* (art. 205). Quest'ultimo, sebbene sia una sottospecie dell'intervento coatto, se ne distingue dal punto di vista dell'origine e dello svolgimento processuale.

368. Ogni forma d'intervento ha per effetto di introdurre nel giudizio una nuova *parte;* tale è infatti l'interventore, agisca egli *ad coadiuvandum* ovvero *ad opponendum;* poichè, nel primo caso, il suo interesse è uguale a quello di uno dei contendenti principali, nel secondo, è contrario a quello di entrambi. Quindi dal momento in cui interviene, saranno tenuti, esso e gli altri litiganti, a conformarsi alle norme di procedura comuni, per la trattazione della causa anche in suo confronto, come se fosse stato parte in giudizio fino dal momento della citazione.

Nè l'essere avvenuto l'intervento per ordine di giudice, ovvero per citazione di parte, anzi che in via spontanea, modifica la libertà in colui che interviene di prendere atteggiamento conforme al proprio interesse e quindi di spiegare istanze *ad coadiuvandum* o anche *ad opponendum*. È vero che la legge (art. 203) autorizza l'intervento coatto sol quando *si creda comune ad altri la controversia;* ma se questa può essere l'opinione di chi cita il terzo ad intervenire, non è impedito al terzo di avere un'opinione diversa. Stimiamo che facoltà identiche competano al terzo nel caso d'intervento ordinato d'uffizio, vista la mancanza nella legge di qualsivoglia distinzione. Una sola questione ci pare possibile: quella sulla bontà dell'istituto speciale dell'intervento ordinato d'uffizio che non è, infatti, accolto da tutte le legislazioni. Ma poichè la legge lo accolse, è erroneo restringerne gli effetti per considerazioni estranee al nostro diritto positivo, le quali per di più non trovano nella storia dell'istituto quel fondamento che qualche scrittore credette riconoscervi. A torto, infatti, si vuole che in questo caso l'intervento abbia per fine l'istruzione della lite; giacchè la chiamata di un terzo in causa deve muovere dalla considerazione del di lui interesse; e se egli è comunque interessato nella controversia, la possibilità che porti elementi utili alla prova del diritto controverso fra l'attore e il con-

venuto è meramente accidentale. Se poi si prescinde dalla considerazione del di lui interesse, manca la base per far funzionare l'istituto dell'intervento.

369. L'intervento volontario si propone *mediante comparsa* (art. 202 del cod.) che ne espone i motivi e indica i documenti su cui questi si fondano. L'articolo 33 del regio decreto 31 agosto 1901, ripetendo la prima parte di questa regola, nel capoverso, fa intendere che non vi è termine perentorio per intervenire; anche se la causa è già davanti al collegio per la discussione, il terzo vi è ammesso; però le di lui istanze, in questo caso, *non ritardano la decisione della causa;* ciò non vuol dire che con rigore inderogabile debbano essere giudicate separatamente; il testo indicato autorizza il presidente a far uso della facoltà concessagli dal primo capoverso dell'art. 9 della legge 31 marzo 1901, cioè di ordinare il rinvio della discussione e il deposito dei documenti, riserbando alle parti il diritto di fare nuove comparse a integrazione della rispettiva difesa (v. n. 311).

370. L'intervento coatto è proposto con citazione e deve essere notificato all'altra parte (art. 203 del cod.), sia mediante comparsa, ovvero facendole intimare una copia della citazione. L'art. 33, dianzi citato, del regio decreto 31 agosto 1901 applica all'intervento coatto le regole dell'art. 32 (v. n. 359) circa il termine che il presidente accorda per la chiamata in causa del terzo e circa l'effetto della chiamata per intervento proposta innanzi al collegio. Il citato ad intervenire, qualora rimanga contumace, è soggetto alle conseguenze di codesto stato processuale.

371. È da tenere come norma generale che l'interveniente accetta la lite nello stato in cui si trova; quindi con gli effetti delle sentenze pronunziate, delle prove esaurite, dei termini d'istruzione scaduti, rimanendo a lui, con questa riserva, il diritto di proporre le istanze di rito, di merito, incidentali e di istruzione che giudichi di suo interesse.

Se la causa è stata rinviata a proseguire con le norme del rito formale, l'intervento, non ancora effettuato, può aver luogo in entrambe le ipotesi della legge, seguendosi le regole proprie di quel rito, sia per la citazione che per la

costituzione dei procuratori, ecc. Se è proposto prima che rimanga ferma la iscrizione della causa a ruolo, le questioni cui dia origine sono trattate con la procedura incidentale (art. 204 del cod., primo alinea). Ma l'intervento volontario potrebbe sempre essere proposto *anche all'udienza*, come risulta dal capoverso dello stesso art. 204; in simile evenienza chi interviene in un procedimento formale s'intende che accetti lo stato in cui si trova la lite (chiusura irrevocabile del periodo istruttorio), così che non potrebbe disporre di altro mezzo di prova fuori che del giuramento decisorio.

372. Ordinando d'uffizio l'intervento, l'autorità giudiziaria dichiara, nella sentenza, a cura di chi debba essere fatta la citazione del terzo; e stabilisce anche il termine all'uopo. Questa assegnazione ha per iscopo di impedire soverchie dilazioni del giudizio; quindi il termine non è perentorio, ma, dopo che sia inutilmente spirato, l'altra parte acquista il diritto di riassumere la lite in confronto al solo originario suo contraddittore. Del resto la citazione del terzo può essere sempre eseguita dalla parte più diligente (art. 205). Ma se nessuna delle parti intende eseguirla, il magistrato non può rifiutarsi a decidere la causa, nei loro rapporti, secondo lo stato degli atti e in base alle prove esistenti.

SEZIONE IV. — *Prove orali.*

§ 1. — Regole comuni alle varie specie di prove.

373. Gli atti del processo non possono servire alla formazione di prove giudiziarie se non coi mezzi forniti dalle dichiarazioni delle parti litiganti, o di terzi consapevoli dei fatti e non interessati nella lite, oppure dall'accertamento personale compiuto dal giudice intorno allo stato di cose a cui si riferisce la controversia. Altri mezzi non sono adottati dalle legislazioni odierne (1); le varie novità

(1) Come mezzo di prova legale, in passato, fu ammessa la confessione *tacita*, quella cioè arguita dal *silenzio* serbato da una parte intorno ai fatti asseriti dall'altra. Il § 5 dell'ora abrogato regolamento austriaco fornisce una idea esatta di questo sistema: « Il reo convenuto dovrà nella risposta farsi carico di tutte le circostanze narrate

di cui si va utilmente discutendo da qualche tempo, come a dire fotografie e fonogrammi, e simili, sono semplicemente forme particolari di tali mezzi. Di quelli di ben diversa indole, dei quali non sopravvive che il ricordo (giudizi di Dio, duelli, tortura, ecc.) non è il caso d'intrattenerci. Le

---

dall'attore, e rispondere sovra ciascuna in particolare espressamente e senza ambiguità, riempire, qualora sia necessario la serie dei fatti e le circostanze che l'attore avesse taciute ovvero alterate, addurle, secondo l'ordine del tempo; per il che sarà di niun effetto l'aggiunta della clausola negativa generale ». La sanzione di tali precetti era data nel § 11: « Le circostanze di fatto che una parte avrà esposte in suo favore, alle quali l'altra nell'atto susseguente non avrà dato nessuna risposta, ovvero una risposta ambigua, si avranno per vere nella definizione della causa, in tanto in quanto non sono ad esse direttamente opposte le prove risultanti dagli atti ». L'osservanza pratica di queste disposizioni risolvevasi in un gretto formalismo imponendo ai procuratori l'obbligo di una serie interminabile di negative, convertendo così in confessione tacita ogni accidentale dimenticanza o distrazione del difensore o perfino del copista. Il codice germanico, abbandonando il criterio della prova legale, dispose nel capoverso primo del § 138 che i fatti *non espressamente contraddetti*, si reputeranno ammessi, a meno che risulti da altre dichiarazioni della parte (valutate con equa discrezione dal magistrato) la intenzione di contraddirli. Il nuovo regolamento di procedura civile austriaco del 1° agosto 1895 abbandonò il sistema probatorio anteriore, per fondare il valore e l'effetto delle prove giudiziali sul convincimento del magistrato, mercè di esse ottenuto. Quindi le disposizioni citate di sopra, concernenti il valore legale del silenzio, non vi furono riprodotte. Ma, come applicazione logica del nuovo concetto informatore della legge, il silenzio delle parti comparse fu considerato un possibile elemento di convinzione pel magistrato, a norma delle circostanze. In tal senso dispone il § 267: « Il tribunale dovrà con accurata considerazione del contenuto complessivo delle esposizioni avversarie giudicare se le asserzioni di una parte in mancanza di una esplicita confessione dell'avversario si debbano riguardare come ammesse. — In egual guisa il tribunale dovrà specialmente giudicare se la dichiarazione di non sapere o di non ricordarsi si deva riguardare come una dichiarazione escludente l'ammissione di una confessione o racchiudente in sè una confessione ». Per il caso di contumacia, vedansi le osservazioni in nota al n. 516.

Nel nostro sistema giudiziario si andò ad una esagerazione opposta a quella del vecchio sistema austriaco; il silenzio delle parti in generale non prova nulla, nè dà arbitrio al magistrato per indurne argomenti pro o contro in qualsiasi controversia relativa ai fatti. Molto cautamente potrebbe essere tenuto a calcolo il silenzio, insieme ad altre circostanze *gravi, precise* e *concordanti*, come fattore di una *presunzione semplice*, nei limiti in cui questa può essere ammessa (art. 1354 cod. civ.). Solamente nei casi in cui una parte è costituita in mora a fare una dichiarazione, mediante atto di comando emanato dal giudice, il di lei silenzio, senza altri elementi che ne confermino il significato,

dichiarazioni delle parti devono essere *personali*, od altrimenti in modo legale da esse personalmente autorizzate. Senza dubbio hanno un valore giuridico quelle che emettono i procuratori a liti nelle loro comparse, in ordine ai fatti della controversia, giacchè l'officio dei procuratori è quello di rappresentare le parti ed agire in loro nome laonde quanto fanno, scrivono e dicono, si presume noto ai clienti e da essi approvato. Ma tale presunzione, che nasce dal mandato a patrocinare, ammette prova contraria; ed un litigante potrebbe contraddire le ammissioni o dichiarazioni del procuratore il quale avesse colluso coll'avversario, impugnando ben anche la sentenza mercè l'istanza di rivocazione (art. 494), come altrove vedremo. Ad eccezione del caso di dolo a cui fosse partecipe la controparte, potrà il procuratore essere sconfessato dal proprio cliente? Il codice francese accolse l'istituto del *désaveu*, adottato anche da altre legislazioni; ma la nostra lo stimò contrario al principio della legalità, dannoso ad ambedue le parti, d'imbarazzo alla procedura e lesivo alla dignità dei procuratori (relazione Pisanelli). Però, se *a causa finita* la disapprovazione del procuratore non potrebbe in generale ammettersi, non è da escludere che, *durante l'istruttoria,* la parte, che si avveda di essere compromessa dalla linea di condotta o dalle dichiarazioni del suo procuratore, possa revocargli il mandato e, sostituendo altro procuratore, rettificare l'operato del primo annullando le dichiarazioni di fatto contrarie a verità, da lui emesse; avvegnachè, per errore di fatto, perfino la *confessione volontaria* può essere infirmata (art. 1360 codice civile). Il procuratore stesso che ha emesso una dichiarazione ravvisata poi erronea e contraria a verità può, nello interesse del cliente, rettificarla in corso di giudizio, e tanto più offrirne la prova contraria; nè sarebbe lecito opporgliene la irrevocabilità, o pretendere la prova dell'errore

---

acquista valore probatorio, come vedremo più innanzi (num. 392, 397). Questo sistema non merita intera approvazione, giacchè rende più grave il còmpito dell'istruzione, aumenta le spese, e favorisce qualche volta la mala fede. Il sistema attuale delle leggi germanica ed austriaca, che ha riscontro nella nostra tradizione legislativa, e specialmente nel codice sardo del 1854, merita di essere preso in seria considerazione.

di fatto. È grossolano errore attribuire efficacia giuridica di *confessione di parte* alle dichiarazioni emesse dal procuratore *nella prima comparsa*, la quale, nel nostro sistema, non è per nulla diversa dalle successive.

374. Ad ogni modo, quando tentiamo di provocare una dichiarazione del proprio avversario in una forma solenne, e con lo scopo di fondare su di essa una piena dimostrazione che esoneri dal fornire altra prova del nostro assunto, è senza dubbio indispensabile per ogni riguardo che la dichiarazione provenga da lui *personalmente* e non dal procuratore, ottenendosi per questa guisa la maggiore probabilità di risposte sincere, quand'anche potessero nuocere al dichiarante. Perciò, rispetto al primo gruppo delle prove orali, che comprende quella per interrogatorio e quella per giuramento, avvertiamo essere loro condizione principale, che siano esaurite col concorso personale della parte.

375. Il secondo gruppo comprende la prova per testimoni e quella per periti. Queste in ciò differiscono, che mentre il testimonio viene a deporre sopra fatti che sono già a sua conoscenza perchè veduti o uditi avanti d'essere chiamato in giudizio (fatti passati, transeunti), il perito invece esamina per incarico del giudice, o per concorde volere delle parti, una determinata condizione di fatto, relativa allo oggetto della controversia, ed indi riferisce in giudizio i risultati del suo esame, o mediante *rilievi tecnici* sopra ciò che è materia della controversia, o mediante *apprezzamenti razionali*, pure di carattere tecnico, in relazione allo stato presente della cosa, od al passato, od anche al futuro (esame di fatti permanenti). In tutti i casi il perito collabora adunque all'opera intellettuale che deve compiere il magistrato e vi apporta il sussidio delle sue conoscenze scientifiche speciali, mentre il testimonio deve essere un *documento parlante;* il contenuto della deposizione illumina il giudice ma resta interamente soggetto al di lui apprezzamento per quanto ne concerne la credibilità, mentre quello della relazione peritale consiglia il giudice ed è soggetto al di lui apprezzamento nel senso che egli ne valuta la forza persuasiva.

376. Per ogni specie di prova le parti si provvedono nella forma stabilita per gli incidenti (art. 206 del codice

e art. 12 della legge 31 marzo 1901). Ciò concerne soltanto l'ammissione della prova. Per la esecuzione devono seguirsi modalità diverse a seconda delle esigenze proprie di ciascuna prova. A tutte sono però comuni un metodo ed un procedimento; vogliamo dire che le prove orali, meno il giuramento, sono sempre esaurite sotto la direzione di *un giudice* (salvo le eccezioni che accenneremo); e questo giudice viene all'uopo delegato colla deliberazione che ammette la prova, sia essa l'ordinanza del presidente o la sentenza del tribunale (art. 208). Il giudice delegato appartiene in generale e di preferenza al tribunale innanzi a cui si tratta la causa; pur è concesso di delegare invece il pretore del luogo dove la prova è da eseguire, se ciò possa riescire più comodo ed economico. Se la esecuzione è nel territorio di altro tribunale, si può richiedere a questo di delegare per la prova uno dei suoi giudici, ovvero si può delegare direttamente il pretore del mandamento in cui la medesima deve farsi (articolo citato ed articoli 203, 204 e 301 del regolamento generale giudiziario). Per le prove da assumere fuori dello stato si osservano le forme stabilite dal diritto internazionale, dalle convenzioni diplomatiche, ecc. (articolo citato, capoverso). Nella convenzione dell'Aja, 4 novembre 1896 (v. nota al n. 202), fu stabilito (art. 5) che nelle materie civili e commerciali l'autorità giudiziaria di uno degli stati contraenti abbia facoltà, osservate le norme della propria legislazione, di indirizzare commissione rogatoria alla competente autorità di altro fra i detti stati per chiedere l'esecuzione di atti di istruzione o di altri atti giudiziari nella sfera della sua podestà. Le forme del relativo procedimento sono regolate dagli articoli 6 a 10 della citata convenzione.

377. Ognuno comprende come vi siano casi nei quali le delegazioni e richieste di cui parliamo riescano indispensabili. Un testimonio od una parte, gravemente infermi in luogo lontano dal tribunale che ha bisogno di udirne le dichiarazioni, saranno opportunamente esaminati dal magistrato del luogo. La nostra legge non si è punto curata di disciplinare le prove in modo da garantire che esse siano assunte da un magistrato già bene istruito della lite, o che

conservi, almeno, la podestà di sentenziare successivamente su di essa. Tutta la efficacia di una prova testimoniale, per esempio, consiste nello scritto, cioè nel processo verbale che ne viene compilato. Il giudice che interroga il testimonio, non conoscendo della lite nulla più di quel che apprende dalla serie delle interrogazioni, stabilite da chi ammise la prova, non può davvero dirigere l'esame con quell'avvedimento e quella piena consapevolezza circa le cose e le persone, che spesso fornirebbero modo di trarre luce e verità dalla bocca di una persona titubante, renitente o mendace. Se pur questo non fosse un ben grave difetto, tutto il tesoro delle impressioni che l'occhio e il pensiero attento del giudice potrebbero riportare dell'esaurimento di una prova e che sarebbe preziosa guida per interpretare ed apprezzare più tardi il processo verbale, va miseramente sciupato, giacchè di rado il giudice stesso interviene poi nella decisione della lite. Che più? un vizio identico lo presenta perfino la forma in cui è organizzata la prova per accesso giudiziale. — Veggasi dunque se non varrebbe la pena che per l'interesse della giustizia fosse seriamente studiata questa parte vitalissima del procedimento civile. Chi ha alquanta esperienza del foro sa bene come le prove orali ispirino scarsa fiducia e siano talvolta più dannose che utili all'accertamento della verità; ciò va attribuito segnatamente alla pessima loro disciplina (1).

378. Abbiamo detto che per le prove si provvede nella forma stabilita per gli incidenti. Qui si rende opportuno sciogliere la riserva fatta al n. 326, circa l'ipotesi che, istruendosi la causa col procedimento formale, una prova sia proposta dopo che fu dall'altra parte notificata l'iscrizione a ruolo. La difficoltà consiste in ciò: per l'art. 174, qualora l'iscrivente al ruolo *non risponda* alla comparsa,

---

(1) Questa non è critica particolare della nostra legge; ma è evidente che un savio legislatore dovrebbe tener conto delle considerazioni accennate per studiare acconci miglioramenti al sistema della istruttoria. Un tentativo in questo senso, che merita di essere segnalato, è quello compiuto nel nuovo regolamento austriaco, coll'autorizzare l'uso della stenografia per la più fedele e completa riproduzione delle prove orali (§ 280).

l'iscrizione *rimane ferma*. Quegli che propone la prova può dedurla nella comparsa, senza citare contemporaneamente l'avversario avanti il presidente, ovvero può anche, a suo talento, citarlo con la stessa notificazione della comparsa (v. n. 339). Che avverrà, nel primo caso, della proposta prova, se l'iscrivente lasci passare i quindici giorni a lui utili, senza rispondere? e che ne avverrà, nel secondo caso, se egli non comparisca avanti al presidente?

Le soluzioni a nostro avviso più corrette sono queste, che tra loro perfettamente concordano. Nel primo caso la iscrizione a ruolo *rimane ferma*, perchè questa è semplice e letterale applicazione dell'art. 174, dal quale non vi è motivo di derogare. Ma la prova è stata proposta con una comparsa data in termine utile da chi vi aveva diritto; e quindi la domanda di sua ammissione resta acquisita al processo come una conclusione, su cui il tribunale giudicherà colla sentenza qualora sia riprodotta nella comparsa conclusionale. Per tal modo si ha di pien diritto l'unione dell'incidente col merito, e il tribunale può pronunziare, secondo le circostanze, sentenza definitiva od interlocutoria. Nel secondo caso, la mancata comparizione avanti il presidente equivale a *rifiuto di rispondere alla comparsa;* perciò deve virtualmente rimaner ferma del pari l'iscrizione a ruolo. In altri termini, all'udienza che il presidente fisserà per la discussione dell'incidente, colui che ha fatta eseguire l'iscrizione a ruolo avrà diritto di discutere altresì il merito della causa; e ciò anche nel caso in cui l'ordinanza presidenziale non rinvii per questa discussione a norma dell'art. 181. Infatti il presidente non è tenuto a sapere se la causa principale fosse già iscritta a ruolo; quando venisse a conoscerlo, stimiamo però che dovrebbe egli stesso disporre l'unione del merito all'incidente come provvedimento di puro ordine, nascente dalla stessa situazione del processo, quale conseguenza legale; libero sempre alle parti di modificare concordemente gli effetti di tale situazione, limitando la discussione orale al solo incidente.

Superfluo dire che nel caso in cui comparisca dinanzi al presidente la parte che fece eseguire l'iscrizione a ruolo, essa potrà far cadere l'iscrizione, o con la pura e semplice

adesione alla prova, o con l'opposizione sul solo incidente. Potrà invece farne salvi gli effetti chiedendo il rinvio a udienza anche per il merito.

Merita considerazione speciale, sempre nel procedimento formale, il caso di impugnazione della scrittura privata. Suppongasi che colui contro il quale fu prodotta abbia sempre taciuto avanti l'iscrizione a ruolo eseguito dal producente; e dopo l'iscrizione impugni il documento a norma del capoverso dell'art. 283 del codice di procedura e degli art. 1321, 1322 del codice civile. L'iscrivente, se vuol conservare alla scrittura il valore probatorio, deve domandarne la verificazione; e se la domandi, non è dubitabile la cessazione immediata degli effetti dell'iscrizione. Ma se non la domandi nei quindici giorni successivi alla notificatagli impugnazione, e così l'iscrizione a ruolo rimanga ferma, potrà egli ancora chiedere la verificazione della scrittura con nuova istanza inserita nella comparsa conclusionale? Sebbene così sia stato deciso (1), crediamo di negarlo in base al divieto dell'art. 176 del codice di procedura, a cui, come vedemmo, si deroga nei casi di eccezioni di ordine pubblico, o di proposta d'un giuramento decisorio, o di querela di falso, in virtù di esplicite disposizioni (v. n. 327 e 328); mentre, a proposito della verificazione di scrittura, nulla di analogo è dalla legge stabilito.

Pertanto, colui che non ha chiesto in tempo la verificazione della scrittura deve imputare alla propria negligenza se la sentenza non potrà attribuire alcun valore probatorio al documento prodotto. Gli rimane la facoltà di proporne la verificazione in appello, come potrebbe ivi proporre qualunque altro mezzo di prova. Non neghiamo che questo possa essere un inconveniente, ma la sua gravità è solo teorica, dato l'abbandono generale del procedimento formale.

379. Il giudice delegato può trovarsi, prima o nel corso della prova, impedito all'adempimento del suo uffizio, per cessazione dalla carica o per altro legittimo motivo. In tutti i casi, la surroga definitiva o temporanea è fatta per semplice provvedimento del presidente di quel tribunale

(1) Cass. Torino, 23 aprile 1897, *Giurispr. it.*, 1897, 1, 1, 621.

che delegò il primo giudice (art. 210), cioè mediante *ordinanza* che dovrà provocare la parte interessata, citando all'uopo l'altra; ma non vi sarebbe nullità, se, invece. si provocasse con *ricorso* un *decreto* e lo si facesse notificare all'avversario.

380. L'esecuzione della prova e di ogni singolo atto dalla medesima richiesto è regolata dal giudice delegato, mediante *ordinanze* e *decreti*, a norma dei casi, dietro istanza delle parti, od anche d'uffizio. Di tutte le operazioni d'una prova si fa, come dicemmo, processo verbale (art. 211), che è redatto dal cancelliere sotto la direzione del giudice; se la causa si tratta avanti un'autorità giudiziaria diversa da quella che assume la prova, il processo verbale, a cura del cancelliere che lo ha redatto, viene tosto trasmesso alla cancelleria dell'autorità delegante (art. cit.), e in questa viene conservato. Le parti, qualora vogliano giovarsi dei risultati di una prova, devono chiedere copia autentica del relativo processo verbale e comunicarla come documento nella causa (capov. art. citato).

381. Quale sia la misura dei poteri del giudice delegato, lo accenna l'art. 209. Egli dà provvedimenti per la esecuzione delle prove; in questo senso adunque decide anche sulle controversie che sorgano intorno all'esecuzione. Ma la sua giurisdizione è affatto precaria; e le parti possono *reclamare* dalle ordinanze del giudice delegato nella forma e nel termine dell'art. 183 (v. n. 345), nel qual caso la decisione sulla controversia è rimessa al tribunale in primo grado d'istanza; dispongono in tal senso anche l'ultimo capoverso dell'art. 12 della legge sul procedimento sommario e l'articolo 40 del decreto di coordinamento. Il reclamo sospende la esecuzione dell'ordinanza, salvo che sia dichiarata *provvisoriamente esecutiva;* ma questa dichiarazione non può essere aggiunta ai provvedimenti che impongono *una pena,* come in caso di non comparizione dei testimoni, ecc. (art. cit., capov. primo). In mancanza di reclamo, non si potrà mai dire *passata in giudicato* una ordinanza; tuttavia essa diviene irrevocabile per l'accettazione che ne hanno fatto le parti. Ed è appunto per ciò che l'ultimo capoverso dell'art. 209 statuisce che il difetto

di reclamo *non convalida* (1) l'operato del giudice *quando egli abbia ecceduto i limiti delle sue attribuzioni.* Non avendosi l'autorità di una regiudicata che possa valere *pro veritate*, ma quella sola derivante dall'assenso delle parti, vale contro l'efficacia del medesimo, nel caso ora menzionato, che implicherebbe una *proroga di giurisdizione*, il categorico divieto dell'art. 69.

382. Fra le attribuzioni del giudice delegato deve essere menzionata in particolare quella conferitagli nel penultimo capoverso dell'art. 12 della legge 31 marzo 1901. Qualora egli faccia parte del tribunale o della corte avanti cui pende la causa, come già accennammo (n. 336), provvede sopra domanda delle parti alla ammissione ed esecuzione di nuove prove fra loro concordate prima della chiusura del processo verbale. Ciò può arrecare vantaggi di economia, sollecitudine e unità di direzione della istruttoria. Supponga si che nel corso di un esame testimoniale si avverta la utilità di una perizia, di un accesso giudiziale sul luogo, o di un esame diretto della cosa a cui si riferisce la controversia, che accada di dover disporre la fotografia di un oggetto o di un documento, ecc. Nel sistema processuale anteriore, tutto ciò non si poteva fare che riprendendo la via del rito incidentale *ab ovo*, cioè presentandosi al presidente, con apposita istanza e citazione; vale a dire, facendo *succedere* un processo istruttorio all'altro, a meno che fin dal principio si fosse avuta la previdenza di farli ammettere con unico provvedimento e con autorizzazione a svolgerli in vie parallele. Oggi, com'è evidente, la istruzione delle liti ha acquistato una assai maggiore agilità e ha guadagnato pure in efficacia, perchè la cooperazione, per così dire, di due o più mezzi di istruzione può essere di grande aiuto alla scoperta della verità o al migliore accertamento di punti dubbi od oscuri.

La legge ha data codesta nuova facoltà solo al giudice delegato che appartiene al collegio innanzi a cui pende la causa, considerando che il giudice estraneo al collegio, cui

(1) Si noti il significato espressivo di questo vocabolo *convalidare*, che coincide perfettamente coll'osservazione da noi esposta qui e nel precedente num. 345.

sia delegato un singolo atto istruttorio, può non essere competente per uno ulteriore e diverso. Sarebbe stato forse opportuno distinguere le varie contingenze, poichè in quelle che indicammo e nelle analoghe si sarebbe potuto dare a qualunque giudice delegato una eguale misura di facoltà con evidente vantaggio dell'istruzione.

383. Per gli atti di esecuzione d'una prova e i relativi processi verbali, si deve usare di regola la lingua italiana. Presentandosi il caso che alla prova debba partecipare qualche persona che non conosca la lingua italiana e gli uffiziali (1) che intervengono all'atto non conoscano quella dell'interrogato, si nomina un interprete il quale, previa prestazione di giuramento, spiega all'interrogato le domande e riferisce le risposte al giudice, sottoscrivendo insieme agli uffiziali e alle parti il processo verbale, che dovrà contenere menzione anche di questi particolari. L'interprete non può essere scelto nè tra i giudici, nè tra gli uffiziali che intervengono all'atto, nè tra i testimoni che per la medesima prova fossero da esaminare, e neppure, s'intende, può essere una delle parti litiganti. Inoltre è prescritto che la persona chiamata a tale uffizio sia maggiore d'età (art. 212).

384. Vi sono norme speciali pei casi in cui sia mestieri d'interrogare un sordo, un muto od un sordo-muto.

Quando codeste persone sappiano leggere o scrivere non v'è nulla di più semplice. Al sordo si presentano in iscritto le domande ed egli dà verbalmente le risposte; al muto si fanno verbalmente le domande ed egli scrive le risposte; pel sordo-muto sono scritte tanto le domande come le risposte. Ogni cosa è menzionata nel processo verbale, e gli scritti contenenti le domande e le risposte sono al medesimo uniti.

---

(1) Veggasi la nota al n. 79. Avvertasi, in aggiunta a quanto ivi fu accennato, che mentre nel primo alinea dell'articolo 212 il vocabolo « ufficiali » designa certamente anche il magistrato o i magistrati che assumono o dirigono la prova, nel secondo alinea, enumerandosi le persone escluse dall'ufficio di interprete, sono mentovati distintamente « i giudici » e « gli ufficiali intervenienti all'atto ». Per conciliare le due parti del testo è giuocoforza intendere il secondo alinea nel senso di un divieto imposto *a qualsiasi giudice* oltre che *a quelli intervenienti all'atto*, compresi già, con linguaggio improprio, tra gli *ufficiali*.

Quando non sappiano leggere e scrivere, si nomina loro un interprete, o più d'uno, secondo le circostanze, scelti fra le persone abituate a trattare con loro. Si osservano anche in questo caso le regole espresse nel precedente numero (art. 213). E tanto le formalità ora dette, come quelle indicate nel numero che precede, devono essere osservate a pena di nullità, costituendo guarentigie importantissime per la credibilità della prova.

385. Un'altra regola generale concerne il caso in cui la persona che il giudice delegato deve udire, o che deve presentarsi all'udienza del tribunale per rispondere verbalmente o giurare, giustifichi l'impossibilità di farlo nel giorno assegnato. Se si tratta d'impedimento transitorio potrà essere fissato altro giorno; se siavi ragione di stimarlo permanente o di non breve durata, il giudice o il presidente del tribunale si trasferirà in giorno destinato alla abitazione della parte, del testimonio o del perito, per riceverne le dichiarazioni. E quando possa tornar più comodo delegare altro giudice o pretore all'uopo, ovvero se ne verifichi necessità per essere l'abitazione dell'interrogando nel circondario di un tribunale diverso, si provvede alla delegazione nelle forme dette di sopra (art. 215).

386. Essendo o potendo essere utilissima all'accertamento della verità la assistenza personale delle parti alla esecuzione delle prove, essa è sempre autorizzata. La parte può anche farsi rappresentare da un mandatario speciale. Ciò tutto riguarda i casi e le parti per cui non vi sia già l'*obbligo* di comparire personalmente, per l'indole della prova (interrogatorio o giuramento). La parte o il suo mandatario speciale non hanno bisogno d'essere assistiti dal procuratore costituito, quando la prova si eseguisce davanti al giudice delegato. Ma il procuratore può sempre intervenire come legale rappresentante del proprio cliente, se questi non abbia in modo diverso provveduto (art. 207).

387. Non è inopportuno ricordare qui le disposizioni disciplinari degli art. 59, 60, 61 e 62 del codice, la cui applicazione può ricorrere più facilmente ed avere maggiore importanza in tema di assunzione di prove, sebbene siano comuni a tutto il procedimento. Esse non richiedono una analisi particolare.

§ 2. — Interrogatorio.

388. Si dica la confessione, mezzo di prova, o atto di obbligazione, o di riconoscimento, secondo la costruzione dottrinale a cui si accordi preferenza, essa rimane agli occhi di tutti, giuristi e profani, un istrumento di alta e pronta efficacia per formare la convinzione del giudice intorno ai fatti controversi. Il pregio della semplicità e della sicurezza la rende cara ai legislatori, i quali, nell'organizzare i riti della giustizia civile, furono sempre attratti dalla utilità e facilità di stabilire una forma di procedura per mezzo della quale fosse dato a una delle parti provocare l'altra alla confessione, senza esercitare una coazione assoluta sulla coscienza, ma rappresentando in modo efficace e solenne alla mente dell'avversario la maestà della giustizia e il danno di sostenere in mala fede una lite. Già presso i romani troviamo autorizzate all'uopo le interpellazioni direttamente rivolte dal magistrato alle parti, secondo attesta Ulpiano (1): *Ubicumque judicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem dubium non est* (L. 21, Dig., 11, 1). Ed in queste parole è magistralmente delineato il concetto processuale della prova per interrogatorio. Essa deve mettere il giudice in immediata relazione col litigante, senza preparazione di sorta, senza che costui sappia preventivamente quando e come sarà interrogato, nè su quali punti della controversia, senza che si possa fra le parti discutere sull'ammissione della prova. L'equità del giudice, la sua prudenza, l'opportunità, ecco i soli fondamenti e i limiti giusti di questo istituto. Non gioverebbe dissimulare che dal punto di vista strettamente razionale, il codice italiano rimane ben più addietro della dottrina romana.

389. Il codice francese accolse l'*interrogatoire sur faits et articles*, il cui vizio capitale sta nell'obbligo della preventiva notificazione all'interrogando delle domande che gli verranno indirizzate. A questo modo svanisce tutta la spontaneità delle risposte e con essa il pregio del mezzo

(1) Non si confondano questi interrogatorii, analoghi a quelli delle leggi di procedura moderne, colle *actiones interrogatoriae* e le *interrogationes in jure*, proprie della procedura formolare romana.

di prova. Il codice ginevrino, seguendo il concetto romano, lasciò alla podestà del giudice ordinare l'interrogatorio di una o di entrambe le parti come e quando lo creda utile; ma gli fece divieto di indicare le circostanze su cui si aggireranno le interrogazioni, nel provvedimento col quale le ordina: di più le risposte devono essere sempre date all'*udienza pubblica* del magistrato cui spetta giudicare la causa; e l'avversario è in facoltà di specificare all'udienza stessa tutte le circostanze su cui egli desidera che l'interrogatorio si estenda. Il codice francese, con una disposizione quasi sibillina (art. 119), aggiunse all'*interrogatoire sur faits et articles* un altro istituto, la *comparution des parties;* la quale sembra possa essere ordinata dal giudice d'ufficio ed eseguita in forme analoghe a quelle dell'interrogatorio del codice ginevrino (1). Ma gli autori fanno fede che quell'articolo è poco meno che lettera morta. Ed una disposizione consimile, parimente priva di ordinaria applicazione, abbiamo noi; essa è riservata nei giudizi davanti i tribunali alle sole liti in materia commerciale, senza che tale limitazione abbia un motivo plausibile (v. n. 484).

390. Per proporre la prova per interrogatorio dell'altra parte, conviene, a tenore dell'articolo 216, *dedurre specificamente, per articoli separati*, i fatti sovra i quali si intende di far eseguire le interrogazioni. Sulla concludenza e ammissibilità della prova sarà lecito discutere; le interrogazioni proposte possono dal tribunale essere convenientemente modificate, anche d'uffizio, perchè meglio raggiungano il loro scopo. L'ordinanza, o, in caso di contestazione, la sentenza che ammette la prova, delega un giudice per ricevere la risposta, la legge concede anche di ordinare che l'interrogatorio segua all'udienza del tribunale. Ma questa disposizione del primo alinea dell'art. 217 è troppo di rado rammentata dai magistrati, quantunque essa avrebbe il

(1) Intorno alla *prova per esame delle parti*, introdotta nel nuovo regolamento austriaco, vedasi la nota al seguente n. 394. Si rammentino inoltre le osservazioni esposte nella nota al n. 373, ove si accenna a un criterio legislativo di diritto probatorio l'accettazione del quale influirebbe in modo sensibilissimo sull'ordinamento del mezzo d'istruzione di cui ora ci occupiamo.

vantaggio di conferire alla prova una solennità maggiore di quella che abbia quando è eseguita in forma quasi confidenziale nel gabinetto del giudice delegato. Dalle disposizioni dei testi citati risulta chiaro come gli articoli dell'interrogatorio debbano essere preventivamente conosciuti dalla parte, la quale ha così tutto l'agio di preparare le risposte con l'aiuto del difensore; imperocchè è prescritto di notificare al procuratore la comparsa contenente gli articoli di interrogazione, *separati* e *specificati;* e tale notificazione precede di molto il giorno della prova.

Se l'interrogatorio, ammesso per concordia delle parti, deve essere eseguito avanti un giudice del tribunale il presidente nella stessa ordinanza ne fissa il giorno. Quando è ammesso con sentenza, o quando è delegato o richiesto un magistrato estraneo al collegio, spetta al giudice delegato determinarne il giorno. Se poi l'ordinanza o la sentenza dispone che abbia luogo in udienza pubblica, la data di questa viene stabilita dal presidente (art. 217, primo e secondo capoverso).

Per renderne più pronta, e possibilmente più efficace, la esecuzione, fu stabilito nell'art. 35 del r. d. 31 agosto 1901 che allorquando sia concordato un interrogatorio e la parte che deve rispondere sia presente, il presidente ha facoltà di interrogarla immediatamente (in udienza), o di disporre che l'interrogatorio abbia luogo dopo finita l'udienza. Una disposizione simile esiste nel codice rispetto ai giudizi di competenza dei pretori, come diremo a suo luogo.

391. Nel mentre la confessione spontanea può essere fatta anche per mezzo di mandatario speciale (articolo 1356 codice civile), all'interrogatorio, perchè meglio raggiunga il suo scopo, deve sempre rispondere la parte in persona. Di più, è prescritto che essa non possa servirsi di alcuno scritto in sussidio della propria memoria (art. 218); però questa cautela non è certo un rimedio adeguato ai vizi od inconvenienti notati nelle considerazioni che precedono.

Se poi la parte non comparisca nel giorno destinato, o ricusi di rispondere, si hanno per ammessi i fatti dedotti (capov. art. citato). È una conseguenza grave ma razionale di quella specie di costituzione in mora fatta col provve-

dimento che ordina l'interrogatorio. Ed è la sola specie di *confessione tacita* che ammette il nostro codice, oltre il rifiuto o la mancanza alla prestazione del giuramento (v. nota al n. 373). Tuttavia non potevasi a meno di sottrarre l'interrogando a così grave sanzione, quando la non comparizione sia causata da legittimo impedimento; il che appunto dispone il capoverso citato dell'art. 218. La natura e la gravità dell'impedimento saranno in ogni caso particolare apprezzati dal magistrato che giudica della causa. Siccome poi la legge non dice in quale momento debba essere data la giustificazione, può essere ammessa anche dopo il giorno della non avvenuta comparizione. E poichè non è stabilito un termine perentorio, sarà ridestinato il giorno della sua assunzione ogniqualvolta la legittimità dell'impedimento sia riconosciuta per consenso dell'altra parte o per deliberazione del magistrato.

Per stabilire legalmente il fatto della non comparizione, o del rifiuto di rispondere, occorre un processo verbale; è quindi indispensabile che all'uopo si presenti al giudice nel giorno fissato la parte che promosse l'interrogatorio od il suo rappresentante. Giacchè la negligenza sua da un lato le toglierebbe il diritto di giovarsi di quella dell'avversario; dall'altro le renderebbe impossibile provare che veramente l'interrogando, nel giorno destinato, non si presentò; mentre non rimarrebbe escluso che esso, dopo aspettato indarno colui che intendeva farlo interrogare, abbia creduto non opportuno assoggettarsi *spontaneamente* alla prova; — ciò sarebbe sua facoltà, ma non suo obbligo.

392. Il valore probatorio della confessione tacita sanzionata nell'art. 218 deve essere determinato in armonia al sistema generale delle prove nel nostro diritto giudiziario, che è il sistema della convinzione del giudice, non della prova legale. Ciò stante, non si può certamente attribuire alla confessione tacita maggior valore di quello che ha la esplicita. Essa fa *piena prova*, se non è contraddetta da altri elementi del processo. E se l'interrogando dimostra che *per errore di fatto* egli si astenne dal comparire o ricusò di rispondere, opinando di non poter negare ciò che poscia verificò essere negabile, l'effetto della tacita confessione (a

somiglianza di quello della espressa) rimane paralizzato. Si dubita però se, indipendentemente dal *provare un errore di fatto*, l'interrogando che non rispose possa contraddire alla tacita confessione con la produzione posteriore di prove idonee a questo effetto; vale a dire, se la confessione tacita abbia un valore minore della espressa, e, pur valendo come prova, ammetta sempre la prova contraria. Noi seguiamo la opinione favorevole, più consentanea ai principii generali del diritto probatorio vigente, i quali vogliono sopra tutto che il giudice cerchi la verità e ne ottenga l'intima convinzione. L'irretrattabilità della confessione fu sancita per la espressa, non per la tacita. E poichè nella confessione tacita manca quella univocità di significato e quella certezza di meditata deliberazione che si ravvisa nella espressa, sarebbe soverchiamente rigorosa l'applicazione analogica della regola della irrevocabilità. Nè si trascuri la considerazione che il legislatore nell'art. 218 dispone che i fatti *si hanno per ammessi*, mentre avrebbe potuto più recisamente stabilire che *si hanno per confessati*, qualora fosse stato nel concetto di parificare la confessione tacita alla espressa. Del resto la frase: *si hanno per ammessi* (tolta dai codici sardi) attribuisce una certa latitudine all'arbitrio prudente del giudice, accennando ad una presunzione più che ad una prova; con linguaggio analogo il codice francese ed altri dispongono che il giudice *possa ritenere veri* i fatti dedotti; le costituzioni sarde del 1770 permettevano espressamente la prova contraria; nè emerge nella storia della legislazione processuale alcuna circostanza che dimostri avere i compilatori dei codici sardi e del nostro inteso di regolare con disciplina meno equa questa delicata materia. La giurisprudenza, su questo punto, è divisa.

393. Nel processo verbale devono essere inserite le interrogazioni e le risposte; esso è sottoscritto dalle parti intervenute, dal giudice delegato (o dal presidente) e dal cancelliere (art. 219). Quanto alle sottoscrizioni delle parti — che vedremo eziandio richieste in varie altre disposizioni concernenti le prove — rammentiamo una volta per tutte la regola dell'art. 49: « Quando la legge imponga l'obbligo della sottoscrizione a un atto, se chi deve sottoscrivere

non possa o non voglia, ne è fatta menzione ». Ciò induce a ritenere non essere mai la sottoscrizione delle parti elemento necessario alla perfezione dell'atto, nè poter derivare la nullità di questo dal suo difetto. Una volta che l'atto giudiziale è ricevuto dall'uffiziale pubblico (cancelliere), che col suo intervento gli imprime piena fede, non può esserne condizione assoluta la firma di una parte. Invece vi sarebbe nullità, quando fosse omessa eziandio la menzione prescritta dall'art. 49, la quale serve di guarentigia contro il dubbio che, per artificio fraudolento, alla parte, ignara delle leggi processuali, non sia stato letto il processo verbale e non le sia stata chiesta, con la sottoscrizione, la categorica conferma di quanto nel medesimo fu riferito.

§ 3. — Giuramento.

394. Il carattere fondamentale di questo mezzo di prova fu, in ogni tempo, la sanzione religiosa che vi si ritenne congiunta. In considerazione di essa, Ulpiano lo dichiarò di autorità uguale alla regiudicata, e Paolo disse averla maggiore il giuramento che la regiudicata. Dove manchi la invocazione religiosa vien meno la ragione di prestar fede al giuramento: laonde in verità nessuna delle moderne legislazioni lo accolse senza prescrivere speciali formalità destinate a ricordare solennemente ed espressamente la divinità, presunta consapevole del vero e pronta a punire lo spergiuro.

Così anche il nostro codice di procedura (articolo 226) aveva stabilito che il giuramento si dovesse prestare pronunziando le parole: « *giuro chiamando Dio in testimonio della verità di quanto dichiaro* » — e proseguendo indi con l'affermazione o la negazione del fatto costituente materia della prova. Ma la legge 30 giugno 1876 modificò codesto articolo, disponendo che il giuramento sia prestato colla sola parola « *giuro* », esclusa ogni invocazione della divinità; impose però la legge stessa che alla parte la quale giura sia ricordato dal magistrato *il vincolo che i credenti contraggono dinanzi a Dio.*

Diciamo schiettamente: era più logico abolire la prova per giuramento anzichè renderla così ibrida ed assurda.

Ibrida, perchè quando un legislatore crede di poter scrivere nel testo di una sua disposizione che « *i credenti contraggono un vincolo dinanzi a Dio* » colla prestazione del giuramento, egli proclama non solo l'esistenza di Dio, ma anche il suo diretto intervento nelle cose umane, ed usurpa per tal modo attribuzioni teologiche e spirituali che non gli spettano. *Assurda*, perchè se c'è Dio e i credenti contraggono giurando un vincolo verso lui, egli è da reputare che lo contraggano anche i miscredenti, essendo puerile il supporre che gli uomini contraggano o no un vincolo verso Dio, secondo che ad essi piaccia di credere o non credere in lui.

Il legislatore ebbe un intendimento civile; ma ha fallito al suo scopo. È certo che la ragione moderna non consente alla affermazione religiosa — di credenti o di non credenti — il valore di una prova giuridica. Si abbia dunque il coraggio delle conseguenze logiche; si abolisca questa prova e tutt'al più si conservi anche per le parti la sola garanzia del giuramento promissorio, regolato con opportune cautele e con lo scopo che valga efficacemente come *malleveria di sincerità*, non mai come *prova legale* da imporsi alla convinzione del magistrato (1).

---

(1) Il regolamento di procedura austriaco contiene una innovazione radicale in questo senso, avendo abolito il giuramento decisorio, che, cumulativamente con la prova per interrogatorio fra noi vigente, fu sostituito dall'*esame delle parti;* mezzo di prova sussidiario, regolato dalle disposizioni dei §§ 371 a 383. Su proposta o d'uffizio può essere ordinato l'esame *di una o di entrambe le parti;* esso ha luogo anzitutto in forma semplice. Se il giudice non si convince mediante questo interrogatorio della verità o non verità dei fatti che sono materia di prova, *può* ordinare l'esame giurato, imponendolo però *ad una sola delle parti.* Il giuramento falso è soggetto a sanzioni penali. La parte di cui è ordinato l'esame giurato può ottenere *un termine per riflettere.* Non è stabilita una conseguenza indeclinabile pel rifiuto a rispondere o per la mancata comparizione a un esame giurato o non giurato; ma il giudice apprezza questi fatti, e così le divergenze fra una deposizione giurata e la precedente non giurata, *valutando accuratamente tutte le circostanze*, per dedurne quale influenza esse abbiano sulla formazione della prova; per quanto poi concerne gli effetti dell'esame a cui la parte siasi prestata, con o senza giuramento, la legge non distingue; essa dichiara (§ 380) applicabili all'esame delle parti le disposizioni sulla prova testimoniale. E, in ordine alla valutazione di questa, il § 327 stabilisce: « Il giudice dovrà valutare accuratamente, secondo il

395. Poichè allo studioso della procedura devono essere note le distinzioni fra il giuramento *decisorio*, quello *deferito d'uffizio dal giudice* e quello *estimatorio*, e fra il rispettivo valore, non che le relazioni fra l'una specie e l'altra che sono oggetto di disposizioni del codice civile (articoli 1364 a 1377), ci occuperemo soltanto delle norme processuali per l'esaurimento della prova, le quali sono, con poche eccezioni, comuni alle diverse specie (art. 228).

Questa prova, quanto al modo di sua esecuzione, si scosta, come già notammo, dalla regola generale, poichè non si esaurisce d'ordinario davanti un giudice delegato, ma all'udienza del tribunale. Soltanto *per motivi gravi*, ammette l'articolo 222 che lo si possa prestare davanti un giudice delegato, il quale potrà, a seconda dei casi, appartenere al collegio od essere estraneo al medesimo. I *motivi gravi* per derogare dalla forma più solenne di prestazione del giuramento sono lasciati alla valutazione del magistrato, il quale, nello apprezzarli, terrà conto di tutte le circostanze.

396. L'ordinanza o la sentenza che ammette il giuramento ne contiene la *formola;* il giorno della prestazione è stabilito nell'ordinanza, se viene ammesso colla medesima e si debba prestarlo all'udienza o dinanzi ad un giudice del collegio; se è ammesso con sentenza, o se lo si debba prestare davanti un giudice estraneo al collegio, spetta al presidente od al giudice delegato destinare poi l'udienza,

---

suo libero convincimento, tutte le circostanze che influiscono sull'imparzialità del testimonio e la credibilità della sua deposizione ». La ricerca dell'*an juratum sit* in luogo dell'*an debeatur*, è così relegata dal legislatore austriaco fra i ricordi del passato; e ciò gli dà titolo a sincero elogio. Nessuno, invero, fra i legislatori, e in genere fra gli uomini di senno, oggi mette in dubbio la irrazionalità della prova sacramentale per giuramento; ma a molti sembra ancora che ci voglia molto, anzi troppo, coraggio, per intraprendere la riforma delle leggi. Notisi che il legislatore austriaco non ha negato omaggio al sentimento religioso e alla tradizione, poichè accolse l'esame giurato della parte come un mezzo di controllo o riprova del semplice interrogatorio. Ma saggiamente obbedì alla stessa logica che già indusse tutti i moderni legislatori ad abbandonare al libero apprezzamento del giudice le deposizioni dei testimoni, le quali pure sono garantite dal giuramento, oltre che dalla mancanza di interesse diretto nella controversia.

con apposita ordinanza provocata dalla parte più diligente (art. 222, primo e secondo capoverso, e art. 36 del regio decreto 31 agosto 1901 sul proc. sommario).

L'ordinanza che stabilisce il giorno del giuramento deve essere notificata *personalmente* alla parte che deve giurare, in un termine non più breve di quindici giorni, anteriore alla udienza fissata (art. 223); il magistrato può stabilire un termine più lungo. Scopo di questa disposizione è di richiamare la parte ad una seria meditazione sulle conseguenze dello spergiuro, affinchè non si esponga a cuor leggiero e senza maturo consiglio al cimento solenne della sua coscienza e del suo onore. La disposizione è sembrata a taluno oscura, nel senso di non comprendersi bene se la notificazione debba farsi anche nella ipotesi che l'ordinanza sia emanata a richiesta di colui che dovrà giurare. Noi crediamo indiscutibile l'affermativa, perchè la legge non distingue. E diciamo che, nel caso proposto, il difetto di notificazione potrà addursi come legittimo impedimento alla prestazione del giuramento nell'udienza prescritta; se l'avversario non notifica l'ordinanza, la potrà far notificare il procuratore stesso del giurante al domicilio personale, o alla residenza del proprio cliente. Soggiungiamo nullameno che, mancata la notificazione, il giuramento non tralascia di essere valido, una volta prestato; giacchè chi lo presta sana con ciò il vizio del procedimento; e l'avversario non può opporre tal vizio, avendovi egli medesimo data cagione.

397. Non presentandosi, la parte che deve giurare, nel giorno destinato (sempre che la notificazione le sia stata fatta nel termine e nella forma stabiliti nell'art. 223), si intende che ricusi di giurare, salvo che giustifichi un impedimento legittimo. Il *rifiuto di giurare*, secondo l'art. 1367 del codice civile, produce soccombenza nella domanda o nella difesa. Quanto al *legittimo impedimento*, al tempo e al modo di giustificarlo, valgano le osservazioni già esposte in via generale (n. 386). Ripetiamo che il giuramento deve essere prestato dalla parte *in persona*, leggendo o ripetendo le parole della formola prestabilita (art. 226). Le varianti che introducesse in questa formola saranno apprezzate dal magistrato, il quale, per riconoscere *an juratum sit*, dovrà

raffrontare il tenore del giuramento prestato con quello della formola ammessa, e dedurne quel giudizio che le circostanze gli suggeriranno (1). È assolutamente da escludere che per giurare basti pronunziare la parola *giuro* e confermare con un *sì* o con un *no*, od in altra consimile maniera, la formola del giuramento letta dal giudice o posta sotto gli occhi della parte. L'articolo 226 dice tassativamente che si devono *leggere o ripetere a voce chiara le parole della formola in cui si giura:* la semplice conferma o denegazione sulla formola da altri letta, od offerta alla vista del giurante, non è un giuramento, nè lo equivale. Sarebbe però una esorbitanza ricavare dalla regola dell'art. 226 la conseguenza che ogni inesattezza o variazione, anche involontaria, possa nuocere al giurante, dovendosi ritenere adempiuto l'obbligo legale di ripetere la formola quando sia stato espresso con chiarezza e precisione il contenuto sostanziale di essa.

398. Il processo verbale del giuramento viene redatto a parte, e non sul foglio d'udienza. Esso riferisce il tenore letterale del giuramento prestato ed ogni altra particolarità relativa all'esecuzione della prova; menziona, quando occorre, la non comparizione o il rifiuto della parte. È sottoscritto dalla parte che ha giurato, dal presidente o dal giudice delegato e dal cancelliere (art. 227). Per la sottoscrizione della parte si tenga presente quanto fu detto altrove (n. 387).

---

(1) Fu deciso dalla corte di cassazione a sezioni unite (cass. Roma, 6 luglio 1899; *Giur. ital.*, 1899, I, 1, 642) che nel prestare giuramento sia lecito introdurre variazioni alla formola, purchè non si faccia uso di annotazioni o di altro scritto predisposto per sussidio della memoria. La decisione contiene un elevato concetto morale, tendendo a prevenire la preparazione di formole capziose, sottilmente elaborate dall'astuzia di consiglieri troppo esperti nelle arti del cavillo giudiziario. Ma la giurisprudenza posteriore non si uniformò a quella massima, che apparisce contraria al diritto positivo, essendo facile porre il dilemma seguente: O non si permette nessuna variazione di formola, e si cade nell'eccesso del formalismo; o si riconosce la facoltà di variarla, e non è possibile trovare un testo di legge che vieti il sussidio di appunti scritti.

Si noti, d'altronde, che il principio accolto nella rammentata decisione rimane senza difesa, quando un litigante di mala fede sia dotato di buona memoria, che lo dispensi dal sussidio dello scritto. E si consideri come derivi anche da questo genere di discussioni un argomento non lieve per convincere della inopportunità del giuramento decisorio.

399. Alcune regole sono particolari al giuramento decisorio. Anzitutto l'art. 220 ricorda la massima dell'art. 1366 del codice civile, la quale ha un'importanza processuale specialissima; e stabilisce in conformità ad essa che il giuramento decisorio si può deferire *in qualunque stato e grado della causa*. Malgrado la larghezza di questa espressione non può certamente essere deferito in sede di cassazione. giacchè quivi il fatto della causa è immutabile, quale lo ha stabilito la sentenza d'appello. — Soggiunge il citato articolo 220 che chi deferisce un giuramento deve proporne la formola; e ciò è ben naturale, giacchè dall'esame della formola dipende il giudizio dell'altra parte sull'accettabilità del giuramento e quello del magistrato nel caso di controversia. La formola proposta può essere dal tribunale modificata per renderla più chiara, o, in generale, meglio adatta al suo scopo.

400. L'ipotesi di ammissione di giuramento per *ordinanza*, della quale parlammo nei numeri antecedenti, non può riguardare che il giuramento decisorio su cui le parti si trovino consenzienti. Secondo l'art. 221, il procuratore a liti non può deferire, riferire od accettare un giuramento decisorio, rivocarne la delazione, o dispensare dal prestarlo, senza un *mandato speciale* che contenga espressamente questa o quella delle mentovate facoltà, od anche più di una collettivamente, purchè indicate in via nominativa. Ma poichè le dichiarazioni di deferire, riferire, ecc., sono o possono venir fatte mediante *comparse*, la legge permette che in luogo del mandato speciale sia sufficiente la sottoscrizione della parte nella comparsa. Supposto adunque che una parte abbia regolarmente deferito il giuramento, se il procuratore avversario si presenta all'udienza non munito di speciale mandato, la sua dichiarazione adesiva alla proposta non vale nulla, a meno che abbia notificato o presenti una comparsa di accettazione firmata dal cliente. In difetto, il presidente non potrà ammettere con la sua ordinanza il giuramento, ma dovrà rinviare la decisione al tribunale. Poichè mediante sentenza del tribunale il giuramento può sempre essere ammesso tanto se manchi o sia incompleta l'accettazione, come nel caso di opposizione. In quest'ultimo caso, il tribunale ha facoltà di introdurre

nella formola, ad istanza della parte avversaria, o anche d'ufficio, quelle variazioni che meglio servano a conferirle carattere decisorio, senza alterare la sostanza, cioè l'oggetto a cui si riporta la delazione del giuramento.

401. Il giuramento decisorio può essere *riferito*, da chi non ha ancora *accettato* di prestarlo (art. 1368 cod. civ.). Nell'ipotesi ora ultimamente contemplata, di ammissione di esso mediante sentenza, senza preventiva regolare accettazione, occorreva di stabilire sino a quale istante possa il *riferimento* essere effettuato. E l'art. 224 fissa come estremo momento utile quello in cui viene proferita l'ordinanza che fissa il giorno per l'esecuzione della prova. La parte a cui è stato ordinato di giurare, che, citata per la destinazione del giorno, non si oppone a questo provvedimento, nè dichiara prima di esso la volontà di riferire il giuramento all'avversario, lascia troppo chiaramente presumere di essere disposta a giurare. La legge si fa interprete di questa volontà, e ne deduce tutti gli effetti che le sono consentanei.

§ 4. — Prova testimoniale.

Art. I. Forma ordinaria.

402. A esporre distesamente tutte le discussioni a cui dànno motivo la prova per testimoni e la interpretazione degli articoli del codice civile e di quello di procedura che vi si riferiscono, occorrerebbe almeno un volume. Ma noi escludiamo dal nostro esame tutte le disposizioni degli art. 1341 e seguenti del codice civile, limitandoci a osservare che le molteplici restrizioni ivi stabilite dalla legge hanno fondamento nella preferenza data alla prova scritta, come quella che è di più sicura conservazione e interpretazione, senza che il legislatore abbia professato una sistematica diffidenza verso la prova per testi, che è ammessa anche in casi gravissimi e può talvolta essere il solo sussidio di un'azione giudiziaria. Il codice di procedura mira con le sue discipline a fornire le maggiori possibili cautele contro ogni alterazione della verità, di cui il maltalento delle parti o dei testimoni, o la imperfetta memoria di questi, od altra causa qualunque, possa far nascere il timore o il pericolo. Tali discipline riassumeremo più brevemente e chiaramente che ci riescirà.

403. Il nostro legislatore non ha creduto di ammettere, col francese e col ginevrino, che la prova testimoniale possa essere ordinata dal tribunale anche d'*uffizio.* Ed ebbe ragione, poichè solo le parti sanno se sarà possibile addurre testimoni sui fatti controversi, e l'ordine del giudice di produrli, si potrebbe risolvere in un vano perditempo. I fatti che si vogliono provare per mezzo di testimoni devono essere dedotti mediante comparsa, specificamente e *per articoli separati* (art. 229). Promosso l'incidente per la loro ammissione, viene emanata ordinanza presidenziale, nel caso di accordo delle parti, con la quale si delega un giudice per l'esame dei testimoni (art. 230), senza bisogno di riprodurre gli articoli di prova esposti nelle comparse a meno che ne fosse concordata qualche modificazione (art. 36 regio decr. 31 agosto 1901). Se le parti non sono concordi la prova verrà ammessa con sentenza, la quale conterrà gli articoli e la delegazione del giudice (cit. art. 230). La legge non esclude che l'esame dei testimoni possa seguire in udienza del tribunale (art. cit.); ma nella pratica non si ricorre guari all'uso di questa facoltà, la quale riescirebbe poco utile, dal momento che non è possibile garantire che la pronuncia della sentenza definitiva rimanga affidata ai medesimi giudici che assistono all'esame.

404. La valutazione della prova ottenuta mediante deposizioni di testimoni è affidata alla prudenza e alla coscienza del giudice, il quale, per convincersi se una circostanza è vera o falsa, deve liberamente apprezzare le deposizioni di vario tenore ad essa relative e ogni altro elemento di convinzione che meriti di essere considerato. In vista di ciò, non poteva esservi difficoltà ad ammettere che una prova testimoniale sia contraddetta anche da altra della stessa specie. Anzi il nostro codice stimò opportuno di riconoscere in via assoluta e generalissima il diritto alla prova testimoniale contraria (art. 229, capov.) e la distinse in due specie: prova contraria *sulle medesime circostanze* di quella diretta, la quale si effettua colla produzione di nuovi testimoni; prova contraria *su fatti nuovi,* per la quale possono essere introdotti nuovi testimoni o interrogati quelli medesimi della controparte; essa è data mediante deduzione di arti-

coli probatorii diversi, esponenti fatti e circostanze che tendano a confutare la prova dell'avversario o a paralizzarne i risultati per virtù di indiretta contraddizione.

Onde è agevole comprendere che i fatti nuovi di prova contraria non sono d'ordinario in opposizione materiale con quelli della prova diretta, ma devono avere con essi un rapporto di antitesi logica che renda inconciliabile la contemporanea verità degli uni e degli altri, ovvero renda inammissibili le conseguenze giuridiche che si vogliono dedurre dai fatti stabiliti con la prova principale.

La comparsa contenente i fatti nuovi di prova contraria deve, secondo il citato capoverso dell'art. 229, essere notificata nel termine perentorio e non prorogabile di *quindici giorni* da quello in cui è divenuta esecutoria l'ordinanza o la sentenza che ammette la prova principale (v. n. 401). Il rigore della brevità mira ad impedire che si abbia agio di subornare testimoni, e poi, con certezza di deposizioni favorevoli, proporre la prova contraria. Sebbene la prova contraria sia di diritto, tuttavia, potendo nascere controversia sulla ammissibilità dei fatti nuovi, e inoltre occorrendo fissare anche per questo esame la decorrenza del termine di trenta giorni (che altrimenti sarebbe ridotto a quindici), è necessario un provvedimento del magistrato dopo che la parte interessata ha articolato i fatti. Perciò l'art. 37 del r. d. 31 agosto 1901 prescrive di dedurre tali fatti, dopo l'ordinanza o la sentenza che ammette la prova principale, mediante comparsa, con citazione a comparire innanzi al giudice delegato per la detta prova, il quale provvede nelle consuete forme della procedura incidentale, con ordinanza se le parti sono d'accordo, od altrimenti rinviandole al tribunale. Analogamente si dovrebbe agire nel caso di trattazione della causa a rito formale. Però la prova contraria sui fatti nuovi potrebbe essere proposta contemporaneamente o in immediata contrapposizione alla principale e ammessa con lo stesso provvedimento, con decorrenza, allora, di unico termine.

405. L'esame dei testimoni può seguire davanti un giudice non appartenente al tribunale innanzi a cui pende la lite, delegato nelle forme che già ci sono note. D'ordi-

nario i testimoni sono chiamati a presentarsi nella sede dell'autorità giudiziaria da cui devono essere uditi. Ma se venga riconosciuta la necessità di esaminare i testimoni *sul luogo a cui si riferiscono le deposizioni,* può il giudice trasferirvisi. Il che riesce talvolta utile in controversie su diritti immobiliari, come di proprietà, di possesso, di servitù, di confini, di guasti, ecc., ecc. (art. 231).

406. Allo scopo di rendere *meno facile* la corruzione dei testimoni, la legge vuole che l'esame si faccia entro un termine relativamente breve. Ma se riflettesi che le subornazioni ponno essere preparate di lunga mano, *prima pure d'aver iniziata la causa*, nasce dubbio sulla utilità del provvedimento legislativo. Aggiungasi che il termine non può decorrere, per necessità, se non dal giorno in cui sia definitivamente ordinato l'esame; laonde basta farne oggetto di contestazione e rendere necessaria una sentenza, per guadagnare, anche durante il processo, quanto tempo si voglia, utile a preparare e manipolare la prova.

Il termine, segnato dall'art. 232, è di trenta giorni, *per fare* gli esami, cioè *per averli finiti.* Il codice francese si contenta di assegnare un termine di otto giorni *per incominciarli* (art. 257). Il codice germanico (§ 338) cercò una migliore guarentigia nella prescrizione che i nomi dei testimoni debbano essere indicati con lo stesso atto in cui si articola la prova. L'antico regolamento austriaco disponeva che si dovessero pure preventivamente indicare i nomi dei testimoni sottoponendone l'ammissione, insieme a quella degli articoli probatorii, al giudizio del magistrato, ed inoltre che dovesse essere iniziata l'esecuzione della prova nel perentorio termine di *tre giorni* da quello in cui era stata ordinata definitivamente, e ciò mediante un atto contenente di nuovo i nomi dei testimoni ammessi, intendendosi rinunziato a ciascun testimonio di cui non fosse ripetuta la designazione (§ 210). Il nuovo regolamento, imitando in questa parte il codice germanico, mantiene semplicemente il sistema della designazione nominativa dei testimoni nell'atto in cui viene proposta la prova (§§ 245, n. 3, 288).

407. Circa la decorrenza del termine dalla nostra legge stabilito, conviene distinguere. Se la prova è ammessa con

ordinanza, è dal giorno della sua notificazione che incomincia il termine. Se è ammessa con sentenza *provvisoriamente esecutiva*, incomincia ancora dal giorno della notificazione, come è ritenuto dalla più diffusa opinione; convalidata dalla giurisprudenza predominante. Se la sentenza non è provvisoriamente esecutiva, ma la parte soccombente dichiara d'accettarla, incomincia dalla data di questa dichiarazione. Se non vi ha accettazione, converrà attendere che trascorra il termine per l'appello, e dal giorno della scadenza di questo s'inizia quello per l'esame. Se poi si appella, è dalla notificazione della sentenza d'appello che incomincia il termine stesso. Tutte queste diverse regole mettono capo ad un concetto solo: il termine decorre dal giorno in cui è esecutorio il provvedimento che ordina la prova (art. 232, capov. primo e secondo).

Il termine per fare gli esami è comune alla prova diretta ed a quella contraria, salvo quanto fu detto poc'anzi per la prova contraria su *fatti nuovi* (n. 404).

408. Sebbene il termine sia perentorio, può essere prorogato inizialmente col provvedimento stesso che ammette la prova, in cui il magistrato può prefiggere un termine *maggiore* dell'ordinario, in vista di *ragioni speciali*. La legge parla in genere di *un altro termine*, e non di un termine maggiore; ma per assegnarlo minore dell'ordinario senza il consenso delle parti, occorre una sentenza. Le ragioni speciali, di cui parla l'art. 232, sono valutate dalla prudenza del magistrato. La proroga può inoltre essere accordata, *per giuste ragioni*, dal giudice delegato, prima che spiri il termine, qualora le parti siano d'accordo (art. 246); se la domanda è proposta senza il contraddittorio dell'altra parte, egli non può che rinviare la decisione al tribunale, come deve fare nel caso *di contestazione* (art. cit.); non sarebbe però invalida la domanda di proroga proposta con citazione avanti il tribunale; nel caso che alla udienza le parti siano d'accordo, provvederà il presidente con ordinanza; sempre, ben inteso, che la domanda sia stata proposta avanti la scadenza del termine in corso.

Il giudice delegato può, infine, di sua autorità, prorogare il termine per ragione di un proprio impedimento,

quando a cagione del medesimo non si faccia luogo a surrogazione a norma dell'art. 210.

La seconda proroga è subordinata alle condizioni dell'art. 47 (v. n. 81).

Ogni deposizione ricevuta oltre il termine ordinario o prorogato è nulla; ma la nullità non deve essere pronunziata d'uffizio (capoverso art. cit.).

409. Per l'esame dei testimoni la parte che vi ha interesse deve fare domanda *verbale o scritta* (art. 233) al giudice delegato, il quale *con ordinanza* stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui i testimoni si dovranno presentare. Per la pronunzia di un'*ordinanza*, conviene che la controparte *sia stata citata* (capov. primo dell'art. 50); ond'è che *l'istanza verbale* di uno dei litiganti suppone la volontaria comparizione e adesione *verbale* di tutte le parti avanti al giudice delegato. In pratica, la formalità della citazione non è in generale osservata; e non pare che si possa esigerla sotto pena di nullità, trattandosi di un atto che ha effetto puramente ordinatorio e dovendo in ogni caso essere notificato il provvedimento del giudice. Quando l'esame si abbia da fare all'udienza, la destinazione del giorno è riservata al presidente (art. 248).

L'ordinanza dev'essere notificata *sempre*, sotto pena di nullità, al procuratore avversario, almeno dieci giorni prima di quello stabilito per l'esame (art. 233, primo capoverso). Lo scopo della disposizione è di lasciar tempo alla parte notificata di far citare essa pure testimoni di controprova *sui medesimi articoli*, per il giorno dell'esame, non occorrendo altre forme preventive per tale specie di prova contraria, se non l'osservanza dell'art. 234 di cui parleremo or ora.

Qualora l'esame non possa esaurirsi in un solo giorno è lecito eseguirlo *ad intervalli*, purchè nel termine stabilito (art. 233, capov. ultimo). La medesima ordinanza potrà addirittura fissare più giorni successivi o disgiunti; ovvero al termine d'ogni giornata d'esame il giudice potrà fissarne altra per la prosecuzione. In questo caso non occorre notificare il provvedimento di rinvio alle parti che non furono presenti (articolo 241).

410. Affinchè l'avversario sia in grado d'informarsi intorno alle persone dei testimoni, e di elevare le eccezioni d'incapacità o di sospetto che fossero del caso, vuole la legge (art. 234) che cinque giorni prima di quello dell'esame i procuratori si notifichino reciprocamente, mediante comparsa, l'indicazione del nome e cognome di ciascun testimonio che sarà presentato, non che la rispettiva condizione e residenza. In difetto vi ha nullità, cioè si potrà fare opposizione all'esame o chiedere che non ne sia tenuto conto, se eseguito. La nullità per solo difetto di taluna tra le menzioni prescritte ha luogo quando da esso derivi *incertezza assoluta* sulla persona del testimonio indicato. Se l'esame si ha da eseguire in diversi giorni prestabiliti, basta, secondo la nostra opinione, sulla quale non è finora concorde la giurisprudenza, che cinque giorni prima di ciascheduna udienza sia notificata la lista dei testimoni da udire in quella. Però la prima notificazione deve essere fatta cinque giorni prima che incominci l'esame, cioè avanti la prima udienza, tanto dalla parte che propose la prova come dall'avversario che vuol fare la prova contraria sui medesimi fatti, o anche sui fatti nuovi quando il termine per l'esame sia unico (v. n. 404 in fine); perchè le liste di cui è conceduta la successiva notificazione hanno carattere di *complementari;* e la larghezza della interpretazione non deve essere applicata in modo da favorire abusi spesso pericolosi e immorali.

Il termine di cinque giorni, al pari di quello di dieci, di cui si è parlato nel numero precedente, deve essere *pieno* e *libero*. Cioè devono rispettivamente potersi contare dieci o cinque giorni fra quello della notificazione e quello dell'esame, senza computare nè l'una nè l'altra di tali date. Non questa, perchè la legge parla di un numero di giorni *prima* di quello dell'esame; non quella, perchè il giorno incominciato si ha per finito, e perchè il *dies a quo* non si computa, per regola generale, nei termini giudiziari.

Ma quando, per accordo delle parti o per sentenza, si assegni per fare gli esami un termine minore dell'ordinario, anche quelli degli articoli 233 e 234 dovranno essere proporzionalmente ridotti. La riduzione si farà nella sentenza o nell'ordinanza che assegna il termine minore (art. 235).

411. I testimoni sono presentati all'udienza dell'esame dalla parte che li abbia invitati in forma privata, oppure mediante citazione *per biglietto,* in cui basta indicare la causa per cui devono comparire. In questo caso si assegna loro il termine di comparizione in conformità dell'art. 147 (articolo 238). Nel codice francese è stabilito che citando il testimonio gli sia data notizia dell'oggetto su cui sarà interrogato. Parve abile ai compilatori del nostro codice la soppressione della notizia, per garantire meglio la sincerità dei testimoni *non preparati.* Sebbene in passato avessimo accettato questo criterio, dobbiamo ora, anche in base alla esperienza, osservare che è solo ingenuo; giacchè chi abbia interesse *a preparare* un testimonio (e trovi presso di lui facile ascolto) saprà farlo in ogni modo; e, invece, può accadere che un testimonio onesto si mostri titubante, o sia poco preciso, per non avere avuto il tempo e la opportunità di raccogliere le proprie reminiscenze.

Il testimonio citato, se sia legittimamente impedito, deve scusarsene presso il giudice, il quale destinerà altro giorno pel suo esame, qualora non trovi più opportuno di provvedere nei sensi indicati di sopra (n. 385). Ma se citato non comparisca, o ricusi di giurare o di deporre, senza addurre ragioni legittime, il giudice, oltre a destinare altro giorno per l'esame, rinnovatagli se occorre la citazione, lo condanna in tutte le spese cagionate dalla sua mancanza o renitenza e può anche infliggergli un'ammenda non superiore a lire cinquanta, salvo l'obbligo del risarcimento dei danni. Se poi neppure alla nuova udienza comparisca, senza giustificarsi, ovvero persista nel rifiuto arbitrario di giurare o di deporre, l'ammenda sarà raddoppiata, le nuove spese e i maggiori danni saranno posti a carico del teste; ed egli, se non comparso, potrà essere tradotto, per ordine del magistrato, al suo cospetto, dalla pubblica forza; se comparso non abbia voluto giurare o rispondere, potrà essere condannato alla pena del carcere sino a trenta giorni (art. 239). Tutto ciò può sembrare molto grave; ma è giustificato dalla considerazione che il rivelare al giudice la verità sui fatti che ci sono noti è dovere che deriva dallo stato di convivenza civile. Dentro limiti ragionevoli, ciascuno è obbligato ad

agevolare l'opera della giustizia, per conseguenza immediata e diretta dello appartenere alla consociazione politica, di cui questa funzione concorre all'ordinato mantenimento. Tale essendo il motivo da cui è partito il legislatore, trovò equo di prescrivere che quando il testimonio non comparso si presenti in seguito e dimostri di essere stato trattenuto da un impedimento legittimo, il giudice può rivocare la condanna, ed anco esaminarlo se non sia scaduto il termine a ciò utile (art. 240).

Abbiamo accennato che il testimonio potrebbe giustificare il rifiuto di giurare o di deporre. In passato era ragionevole ammettere il rifiuto di giurare per doveroso rispetto alle convinzioni personali del testimonio circa il valore di una invocazione religiosa. Ma oggi, sebbene non sia cancellato questo carattere, esso è subordinato alle convinzioni personali; e l'affermazione « giuro » finisce con essere una formola di prammatica, da cui non si può dispensare chi, per motivi intimi, non sarebbe mai disposto ad assoggettarsi ad un giuramento. Per tale riguardo vi è forse un regresso nella legislazione. Il regolamento austriaco dà arbitrio al giudice di sospendere in alcuni casi il giuramento del testimonio, deliberando intorno ad esso dopo l'esame, o riservando la deliberazione al collegio. La irrilevanza o la scarsa credibilità della deposizione sono tra i motivi per cui è lecito, *a posteriori,* pronunziare la dispensa. Analogamente dispone il codice germanico. Però è da dubitare che la sospensione del giuramento possa talvolta incitare alla menzogna; ed invano si confiderebbe che il giuramento prestato dopo la deposizione riesca a garantirne sul serio la veridicità. Inoltre il regolamento austriaco concede che le parti d'accordo possano dispensare dal giuramento. Ciò è giusto, e pare si debba ammettere anche fra noi in base alle regole generali circa il diritto di disposizione delle parti sopra quegli elementi del rapporto processuale che servono a loro come garanzia comune. In questa ipotesi, la deposizione vale come se fosse giurata; e la falsità deve essere punita senza la attenuazione stabilita nell'ultimo capoverso dell'art. 214 del codice penale, giacchè in materia penale il testimonio non può mai essere

dispensato per solo accordo delle parti, e il difetto del giuramento diminuisce l'efficacia della sua deposizione.

Inoltre, la mancanza di limitazioni concrete nell'art. 239 dianzi citato induce a ritenere che in materia civile un testimonio possa essere dispensato dall'obbligo di giurare anche per decisione del magistrato competente, non ostante il dissenso delle parti, quando adduca all'uopo ragioni persuasive. Come diremo or ora, egli può essere dispensato dal deporre; la dispensa dal giurare è qualcosa di meno, e si deve logicamente ritenere inclusa questa minore podestà del giudice in quella maggiore. Però, in tal caso, e per analogia alla regola dell'art. 236, la deposizione non giurata e non accettata dalle parti come perfetta testimonianza, vale solo a titolo di schiarimento.

Intorno alle cause legittime di impedimento a deporre, taluno pensa che si debba prendere norma in materia civile dalla disposizione dell'art. 288 del codice di procedura penale; anzi si considera ora un diritto, ora un obbligo, l'astensione dal testimoniare in omaggio al segreto professionale o di ufficio, od anche sacramentale. Questi punti di vista ci sembrano tutti inesatti. L'art. 239 non stabilisce nessun criterio per la legittimazione del rifiuto a deporre in materia civile; e questa omissione non è certo involontaria. Vogliamo dire, che la valutazione dei motivi di rifiuto addotti dal testimonio, quali che essi siano, fu lasciata al prudente giudizio del magistrato; il quale può, come alcune leggi espressamente dichiarano, tenere validi, oltre i motivi contemplati nel codice di procedura penale già citato, e in alcune disposizioni del codice penale (art. 107, 109, 161, 163 e 298), anche quelli desunti da un alto interesse morale o da un forte interesse materiale del testimonio nel risultato della lite, dalla dimostrazione di un imprescindibile dovere di coscienza, di ufficio spirituale, ecc., e da ogni eccezionale circostanza, insomma, che sull'interesse del litigante a ottenere la deposizione del terzo giustifichi la prevalenza dell'interesse di costui a non prestarla. La decisione, è superfluo dirlo, spetta al collegio. Il giudice delegato non può pronunziare dispensa dall'obbligo di deporre, come da quello di giurare, se non vi sia il consenso di tutti i litiganti.

412. Le formalità relative all'esame sono le seguenti: Ciascun testimonio è interrogato separatamente dagli altri (art. 241), e deve anzitutto prestare giuramento *di dire tutta la verità, null'altro che la verità.* Il giudice lo ammonisce prima sull'importanza del giuramento e sulle pene comminate per la falsa testimonianza. Neppur qui si fa luogo ad invocazione della divinità (art. 242 riformato dalla legge 30 giugno 1876). Prestato il giuramento e prima di deporre, il testimonio dichiara il nome, il cognome, la condizione, l'età, la residenza, le relazioni di parentela, di affinità, o di servitù con taluna delle parti, l'interesse che ha nella lite. Su tutti questi punti il giudice farà interrogazioni al teste e le di lui risposte saranno menzionate nel processo verbale.

Dopo di che si procede all'esame. Il giudice interroga il testimonio sui fatti articolati. Di uffizio può dirigergli qualunque domanda che ritenga opportuna a chiarire la verità. Alle parti, ed ai loro procuratori, è vietato di interrogare direttamente il teste od interromperlo. Ma possono chiedere al giudice che gli proponga domande ulteriori; ed il giudice, se le riconosca utili, *deve* farle (art. 243). Al giudice spetta eziandio la facoltà di porre *a confronto* due o più testimoni fra di loro, dopo le rispettive separate deposizioni (art. cit.). La legge non dice in quali circostanze il confronto possa essere ordinato, ma se ne rimette alla perspicacia del giudice; è da ritenere che lo possa egli disporre tanto d'uffizio come sopra istanza di parte, sia dopo l'esaurimento di tutto l'esame, che dopo sentiti alcuni dei testimoni, e così fra tutti quelli sentiti, come fra alcuni di loro. L'ordinanza che stabilisce il confronto può essere impugnata con reclamo al tribunale, ed è superfluo avvertire che il confronto non è valido se non abbia luogo dentro il termine ordinario o prorogato della prova, giacchè forma parte integrante dell'esecuzione di essa.

413. La deposizione deve essere fatta dal testimonio a voce; ma il giudice può permettergli di consultare *note* o *memorie*, quando la natura della causa lo richieda, o la qualità del testimonio lo dimostri conveniente (art. 243).

Tutte le risposte sono scritte nel verbale dell'esame *in prima persona* e lette al testimone, finita che sia la depo-

sizione; il giudice indi gli chiede se vi persista. La redazione del processo verbale ha luogo per mano del cancelliere sotto la direzione del giudice, il quale dovrà aver cura di avvicinare quanto più sia possibile il contenuto del medesimo al testuale discorso del testimone. Meglio se potrà fedelmente riprodurvi le di lui parole. In questa parte dell'uffizio del giudice delegato sta molta difficoltà: e spesso dalla buona o cattiva esecuzione di esso dipende l'esito di una lite.

Il testimonio, udita la lettura della deposizione, la conferma, o vi fa le variazioni od aggiunte che creda opportune, le quali vengono inserite in continuazione di essa. Infine la sottoscrive, a meno che dichiari di non volere o poter farlo, nel qual caso se ne prende nota nel processo verbale (art. 244 e 247, numeri 8 e 9).

414. Quando l'esame dei testimoni segue in udienza pubblica, le interrogazioni sono fatte dal presidente; i giudici pure possono farne se da lui ne ottengano facoltà. Non v'hanno altre differenze dal metodo ordinario. Il processo verbale dell'esame si redige separatamente dal foglio di udienza (art. 248).

415. Se i testimoni non possono ricusare alla giustizia il proprio concorso, non va dimenticato che essi prestano l'opera nell'interesse privato d'un cittadino. Quindi devono ricevere da lui un'indennità conveniente pel tempo che hanno perduto e per le spese incontrate onde recarsi al luogo dell'esame. Ma essendo libero ciascun testimonio di non esigere l'indennità, il giudice interpella ognuno, finito il rispettivo esame, per sapere se la pretenda; ed in caso di risposta affermativa, ne stabilisce l'importo e ne ordina il pagamento alla parte che introdusse il testimonio. La domanda, la risposta, la liquidazione e l'ordine di pagamento sono registrati nel processo verbale; l'ordine stesso ha forza esecutiva immediata contro l'obbligato (art. 245).

416. Circa la forma e la sostanza del processo verbale contiene particolareggiate disposizioni l'art. 247. Le quali possono essere sintetizzate da noi in poche parole, col dire che il processo verbale, oltre la data, deve riferire tutto quanto fu fatto in eseguimento della prova, e portare le sottoscrizioni dei testimoni o le menzioni già indicate (n. 412

e 413), le sottoscrizioni delle parti e dei loro procuratori, se presenti, quelle del giudice o del presidente e del cancelliere: il n. 5 dell'articolo accenna eziandio alle *eccezioni di sospetto*, delle quali teniamo discorso più oltre (n. 419).

Nel testo citato è importante notare il contenuto dei due capoversi; il primo dei quali commina *nullità* se manchi la firma dei testimoni, o la menzione di non aver voluto o potuto firmare; su di che ricordiamo una volta ancora quanto fu esposto al n. 387. Il secondo capoverso sanziona pure la *nullità* nel caso che l'omissione o l'inesattezza di altre fra le indicazioni richieste produca assoluta incertezza circa il tempo in cui seguirono gli esami, o il loro oggetto, o le persone dei testimoni o delle parti, o l'adempimento di quelle formalità la cui omissione sia titolo di nullità. Dovranno dunque tali questioni esaminarsi caso per caso dai magistrati, per venir giudicate come di ragione. La data del processo verbale, o un qualche suo valido equipollente, importa assai per accertare che l'esame sia stato eseguito in termine utile. È però da ritenere che verificandosi *nullità parziale*, cioè omissione di formalità essenziali soltanto rispetto all'esame di uno o di alcuno dei testimoni, essa non si comunica al resto del processo verbale ove contengonsi deposizioni regolarmente raccolte. E ciò il legislatore opportunamente dichiara (art. 250).

417. Giudicato nullo un esame in tutto o in parte, se ciò sia per colpa del giudice, del cancelliere, di uno dei procuratori o dell'usciere, se ne ammette la *rinnovazione*, non essendo equo che la parte subisca danno pel fatto altrui. E la persona responsabile sostiene le spese del nuovo esame. Per l'esecuzione di esso l'autorità giudiziaria stabilisce un termine, che decorre *dalla notificazione della sentenza che pronuncia la nullità;* sembra quindi che la sentenza debba essere dichiarata sempre *provvisoriamente esecutiva;* o sia tale *ope legis* (1). Non si devono però eccedere i limiti della pura e

(1) Questa è congettura logicamente imposta dal testo della legge. Ma, secondo le regole generali del procedimento, salvo il caso di esecuzione provvisoria espressa, il termine dovrebbe decorrere dal passaggio in giudicato o dalla accettazione della sentenza, o, se vi fu appello, dalla notificazione della sentenza proferita in secondo grado (v. n. 407).

semplice *rinnovazione;* laonde nessun nuovo testimonio può essere introdotto. E se alcuno dei testimoni che dovrebbersi riesaminare non possa più essere sentito, l'esame annullato sarà tenuto in conto come di ragione dall'autorità giudiziaria.

Tutte queste disposizioni sono scritte nell'articolo 249; e basti soggiungere che è principio pacifico nella dottrina e nella giurisprudenza che fuori di questo caso non è ammissibile, per qualsivoglia motivo, la rinnovazione degli esami sugli stessi articoli, o la riapertura del termine, una volta chiuso; il che vale tanto durante il giudizio di prima istanza, come pel superiore grado d'appello.

418. Ci rimane a dire della capacità e della fede dei testimoni.

In riguardo alla *capacità*, il nostro legislatore dispone nell'art. 236 non poter essere sentiti come testimoni i parenti e gli affini in linea retta di una delle parti; nè il coniuge: ancorchè separato, salvo nelle questioni di stato o di separazione personale. Simile eccezione è determinata dal considerare che in questa specie di controversie sarebbe spesso malagevole avere sicuri mezzi di prova oltre la deposizione di testimoni vincolati in parentela con alcuna delle parti.

Soggiunge il capoverso dell'articolo che i minori di anni quattordici possono essere sentiti senza giuramento e *per semplice schiarimento.*

Come vedesi, le limitazioni segnate sono assai scarse. E parrebbe impossibile non doversi aggiungere ad esse, secondo i principii generali del diritto, l'incapacità delle persone prive dei diritti civili, cioè degli interdetti per infermità di mente o per condanna criminale. Pur tuttavia noi rifuggiamo da questa ampliazione, poichè il linguaggio della legge è categorico; la dichiarazione d'incapacità è odiosa, e come tale va interpretata in senso restrittivo. Potranno le condizioni della mente rendere impossibile un esame: potranno esse, come i precedenti criminali, essere motivi di sospetto gravissimi (v. num. seguente), ma non sono titoli d'incapacità. Così dicasi di qualunque vincolo di parentela diverso da quelli enumerati nel testo. E la stessa regola si applichi alla controversa capacità dei mandatari e dei procuratori alle liti, che noi ammettiamo, appunto perchè la

legge non la esclude. L'invocare le disposizioni d'altre leggi in favore della tesi contraria è il migliore argomento per la sua confutazione. Giacchè se il nostro legislatore adottò differente linguaggio, ciò prova che ebbe volontà diversa, trattandosi di materia la cui disciplina legislativa diede sempre occasione a molte dispute e difficoltà. L'interprete deve dunque rispettare la volontà chiaramente espressa nella legge.

Ma come mai il legislatore non ha detto che *le parti* sono incapaci di far testimonianza? — Non ve n'era certo bisogno: il nome di *testimonio* nel diritto processuale odierno sta in troppo diretta antitesi con quello di *parte in causa*, per ammettere compatibilità delle due situazioni. Più che incapacità, qui emerge una assoluta mancanza di organici elementi per aversi la figura di un testimonio. D'altronde se la parte che propone la prova non può certamente presentare se stessa come teste, l'avversario suo dispone dell'interrogatorio e del giuramento, come mezzi di cimentare la coscienza. La possibilità di conferire all'esame delle parti le medesime discipline e garanzie di quello dei testimoni (reg. austr., v. n. 394 *nota*) non basta per identificare o confondere le due figure giuridiche, distinte con separazione profonda dal criterio dell'*interesse*.

Se non che, è sottile l'indagine sul punto: a chi spetti la qualifica di parte in causa. Se stanno in conflitto due persone fisiche, difendendo interessi personali rispettivi, non vi è possibilità di equivoci. Ma è parte in causa anche chi vi è intervenuto in qualunque forma ed a qualunque titolo; lo è del pari il garante, se la causa di garantìa va unita a quella principale; non già se procede separata e più ancora se fosse già stata separatamente decisa, poichè allora il garante è od è stato parte in altra causa, qualunque sia il suo interesse nell'attuale. È parte in causa anche chi vi sia comparso per mezzo di un amministratore, rappresentante o procuratore di qualunque specie. Ciò è a dire dei membri di una società civile (v. n. 47), dei soci d'una società di commercio in nome collettivo che pel vincolo legale di solidarietà illimitata si devono considerare rappresentati l'uno dall'altro in ogni atto sociale; non è lo stesso per l'accomandante rispetto ad una accomandita semplice e per l'azionista rispetto ad una società per azioni, prevalendo allora la regola che la società

è un ente distinto dalle persone dei soci; in queste ipotesi solo chi possiede la facoltà di rappresentare la società in giudizio avrà la qualifica di *parte in causa*. Per analoga ragione i creditori d'un fallimento non sono parti nella causa sostenuta dal curatore, ma vi sono semplicemente interessati. E passando alle amministrazioni pubbliche, è da adottare per criterio che si considerano parti in causa coloro cui ne spetta la giudiziale rappresentanza e non invece i membri dei corpi consultivi o deliberanti, quand'anche abbiano concorso ai fatti ed alle decisioni che diedero origine e moto al giudizio, nè i funzionari superiori cui è deferita la tutela o la sorveglianza delle dette amministrazioni. Analogamente va detto degli enti morali in genere. Rispetto agli incapaci, il tutore, o il padre che rappresentano un minorenne od interdetto, sono parti in causa identificandosi coi loro rappresentati; il curatore lo è insieme all'emancipato od all'inabilitato; lo è il marito insieme alla moglie; perchè tutti costoro concorrono nella difesa della lite, integrando la personalità di una delle parti; ma non lo sono i membri del consiglio di famiglia, nè lo è il protutore, a meno che sia comparso in giudizio in luogo del tutore. Vi sarà, lo ripetiamo, una larga messe di motivi di sospetto, in molti dei casi in cui abbiamo esclusa la qualità di parti in causa; ma non è dato parlare d'incapacità.

419. Di questi motivi di sospetto ora trattiamo.

La credibilità di una prova testimoniale dipende essenzialmente dalla latitudine e sicurezza delle cognizioni manifestate dal testimonio, e dalla fiducia ch'egli ispira. La quale fiducia non dipende sempre dalla sua moralità in senso assoluto, ma più spesso dalle condizioni sue soggettive rispetto alla causa. La regola *testis unus testis nullus* non potè essere accolta in quelli dei moderni codici che vollero affidata l'estimazione della prova giudiziaria al coscienzioso convincimento del magistrato. Ma riconobbero essi doveroso di lasciare ampia discrezione ai giudici per *pesare* il valore intrinseco di ogni testimonianza, concedendo eziandio alle parti un largo campo di azione come collaboratrici interessate a questa delicata opera di apprezzamento. Tale è la ragione per cui sono permesse le *eccezioni di sospetto*,

vale a dire la designazione di tutte le circostanze di fatto e d'ordine morale, che possono scemare la fiducia nel testimonio. Il codice francese, e dietro il suo esempio alcuni altri fra cui i sardi, fecero una specifica enumerazione dei motivi che possono rendere un testimonio sospetto; il qual sistema però lasciava in dubbio se potessero tenersi in conto motivi diversi dagli espressi e ricordava un po' troppo quello delle prove legali. Fu quindi opportuno bandirlo dal codice vigente, lasciando libere le parti di indicare ogni specie di ragioni contro la credibilità dei testimoni e sovrano il giudice nello apprezzarle e giudicarle. D'altronde, la enunciazione del sospetto è strumento per gravi attacchi contro la persona del teste contro l'interesse dell'avversario; e la facilità di maneggiarlo può renderlo pericoloso ed infido; così che la libertà di farne uso doveva essere moderata da opportune cautele, che si compendiano: 1° nell'obbligo di specificare i motivi del sospetto; 2° in quello di provarli. La prova può risultare da atti scritti, dall'ammissione della verità delle circostanze dedotte, per parte dell'avversario o dello stesso testimonio (che il giudice può all'uopo interpellare, se il sospetto sia elevato nel corso dell'esame); nè la legge vieta di fornirla altrimenti; soltanto prescrive che per ammettere la prova testimoniale di un motivo di sospetto concorrano circostanze *gravi*, *precise* e *concordanti* a farlo ritenere verosimile (art. 237); il che s'intende stabilito allo scopo di prevenire tentativi troppo inconsiderati o maliziosi, che degenerando in forme di calunnia o di sleale difesa portano al tempo stesso un ingiusto e nocivo ritardo alla definizione della controversia. In ogni caso però, coerentemente alla ragione ispiratrice delle indicate regole, il teste deve essere esaminato, salvo all'autorità giudiziaria di apprezzare come di ragione la testimonianza.

Art. II. Esame a futura memoria.

420. L'intento di questa specie di prova, la cui origine risale al diritto canonico, se non più lontano, è di conservare una deposizione testimoniale che sia in procinto di andar perduta, onde servirsene in un giudizio che potrà venire di seguito iniziato, o che, sebbene già pendente,

non è ancora arrivato al punto in cui possa la ordinaria prova testimoniale essere eseguita. La grave malattia della persona che, sola forse, è in grado di attestare un fatto, la di lei imminente partenza per una guerra o per un viaggio lungo o pericoloso, la vecchiaia acciaccosa o fortemente avanzata, ed altre simili circostanze, possono darvi plausibile occasione. Non si tratta di provare fatti, per trarne immediate conseguenze di diritto, ma di conservare come documento la testimonianza, per poterla consultare nell'istante in cui ne sorga il bisogno. Quindi è che per ammettere un esame a futura memoria non fa d'uopo stabilire la *concludenza* della prova, ma soltanto la sua *legalità* e la *connessione* che essa può avere col rapporto giuridico o colla controversia che esista o sia possibile fra noi ed altra persona.

421. Fra i molti abusi giudiziari verificatisi in Francia nei secoli passati convien credere ben rilevanti quelli cui davano luogo gli esami testimoniali a futura memoria, che, aboliti coll'ordinanza del 1667, non furono ammessi neppure dal codice di procedura. In Piemonte vennero ristabiliti soltanto nel 1859, sull'esempio del regolamento austriaco e del pontificio, del codice parmense e dell'estense. Il progetto Pisanelli limitava l'ammissibilità di questa specie di prova al caso di lite già iniziata; nella redazione definitiva del codice vi fu compreso anche l'altro di lite futura.

422. In conformità allo scopo di questo mezzo di istruttoria, la sua esecuzione non pregiudica la controversia sull'ammissione definitiva della testimonianza, il cui esame è riserbato al tempo nel quale la lite venga realmente promossa, o giunga — se è già in corso — al punto d'istruzione in cui sia possibile trattare di questo soggetto. Ciò dispone il penultimo capoverso dell'art. 251. Per conseguenza è solo dopo ammessa definitivamente la prova, con sentenza o con ordinanza nelle forme ordinarie, che può essere rilasciata dal cancelliere e prodotta in giudizio con effetto probatorio la copia del processo verbale dell'esame (capoverso ultimo articolo citato).

423. Rispetto alla forma del procedimento, l'art. 251, riferendosi ai sistemi del codice, stabilisce che se vi è lite

pendente si segue il rito degli incidenti, e in caso contrario si provvede con citazione a udienza fissa. Dopo la legge del 1901 è da ritenere che il rito degli incidenti sia possibile in ogni caso; cioè, anche in difetto della pendenza di lite, e quindi occorrendo la citazione avanti il tribunale, poichè le parti devono da prima comparire avanti il presidente, l'interessato potrà domandare che egli provveda coi poteri che gli spettano a norma dell'art. 182 del codice, in relazione con gli articoli 4 e 12 della citata legge. Per altro, se essendovi contrasto sull'ammissibilità della prova le parti concordano di sottoporne la decisione al collegio, dovrà essere pronunziata sentenza.

Fuori dell'ipotesi di lite pendente, la domanda deve essere proposta, giusta l'art. 251, avanti l'autorità giudiziaria che sarebbe competente *per la causa di merito*. Poichè si tratta di competenza *futura*, è manifesto che essa possa essere argomento di delibazione piuttosto che di decisione; onde in nessun caso la sentenza (e tanto meno l'ordinanza) che provvede sull'esame a futura memoria, costituisce *regiudicata* sulla competenza per quanto riguarda la causa di merito.

Il punto precipuo su cui deve aggirarsi la indagine del magistrato, oltre la *legalità* della prova, è l'*urgenza* di assumerla. Quindi, allorchè questa sia accertata, il presidente ammette la prova ai sensi dell'art. 182, colla sua ordinanza, la quale è esecutiva *non ostante reclamo*, per espressa disposizione della legge (capoverso terzo e quarto art. 251). Del pari è immediatamente esecutiva la sentenza nel caso che la prova sia ammessa con questa, non ostante l'opposizione o l'appello di cui fosse passibile (art. citato).

424. Le norme per eseguire l'esame sono le medesime stabilite per la testimonianza ordinaria. Il termine però decorre dal giorno dell'ordinanza o della sentenza, giusta quanto si è detto di sopra; inoltre è da ritenere necessario che il nome od i nomi di chi dev'essere udito siano fatti conoscere nell'atto medesimo col quale vien proposto lo esame, essendo questa una condizione indispensabile per poter giudicarne l'urgenza. Ma ciò non dispenserà dalla notificazione prescritta nell'articolo 234, la quale serve alla

definitiva identificazione dei prodotti testimoni. Per tutte le varie pratiche potranno essere abbreviati i termini in considerazione dell'urgenza, nel senso degli art. 232 e 233.

Nella istanza per l'esame a futura memoria devono essere articolati i fatti che si deducono a prova. E la prova contraria è sempre di diritto; laonde, qualora si trattasse di eseguirla *su fatti nuovi*, ma per mezzo *degli stessi testimoni* della prova diretta, dovrà *ipso jure* anche per essa concedersi il loro esame a futura memoria.

Potrà accadere che il tribunale, adìto per l'esame a futura memoria, debba poi, nel giudizio di merito, dopo piena cognizione di causa, dichiararsi, od essere dichiarato dal magistrato superiore, incompetente. Ciò non può togliere valore alla prova raccolta, la quale sarà utile anche innanzi al giudizio competente.

§ 5. — Perizia.

425. Quando, per risolvere una controversia, occorre al giudice di essere illuminato dalle cognizioni di un'arte o d'una scienza che è fuori del suo ordinario patrimonio intellettuale, nulla di più semplice che egli chiegga l'aiuto di persone in quella scienza od in quell'arte esperte, consultandole ed interrogandole. Ma poichè il giudizio sulla lite è riserbato al magistrato, la risposta del perito non deve imporsi in verun caso alla sua coscienza. È un insegnamento, una guida della quale egli farà quel pregio di cui l'intelligenza e la ragione gli forniscono in ciascun singolo caso la misura. Altrimenti l'opera del perito sostituirebbe quella del magistrato, se non del tutto, almeno in una parte essenziale. Onde si capisce come sia principio necessario, dalla legge esplicitamente sanzionato, che l'avviso dei periti non vincola l'autorità giudiziaria, la quale deve pronunziare secondo la propria convinzione (articolo 270); non si dimentichi per altro che devono essere giustificate le ragioni del dissenso, con la motivazione della sentenza.

Nella relazione Pisanelli è affermato che, se la prova testimoniale ha per uffizio di stabilire i fatti *transeunti*, la perizia porta alla cognizione dei giudici i fatti *permanenti*. La *permanenza* è intesa puramente nel senso della *attuale*

esistenza del fatto al tempo in cui la prova si eseguisce. Ma talora il magistrato, riserbandosi di accertare con altri mezzi il fatto passato, o facendone precedere l'accertamento *secondo la propria convinzione*, può chiedere al perito la soluzione di certi quesiti che presuppongono il fatto medesimo. Non sempre poi la perizia è ordinata intorno ad un fatto controverso, bensì spesso a rendere noti gli apprezzamenti della scienza o dell'arte su di un fatto che nella sua materialità non è oggetto di contrasto. Nell'insieme dunque l'uffizio dei periti si accosta in parte alla funzione del giudice, e partecipa in certa misura al carattere della testimonianza. Il che spiega come da un lato sia regolata la *capacità* loro con i medesimi criteri di quella dei testimoni, e si conceda poi alle parti di *ricusare* i periti per gli stessi motivi per cui possono ricusare i giudici (articolo 254), argomento, questo della ricusazione, del quale riserviamo il discorso ad altra sede (libro IV, titolo I, capo I).

426. Si disputa dai commentatori, e qualche volta innanzi ai magistrati, sulla ammissibilità di perizie *a futura memoria*, con sistema e intento analoghi alle testimonianze di questa specie. Alcuni codici provvidamente le hanno ammesse (cod. germanico, § 485; regolam. austriaco, § 384) e la istituzione merita encomio per la utilità che in molti casi può dare. Fra noi crediamo doverla escludere, *come interpreti del diritto vigente*, pur facendo voti in favore di essa. Non pare corretto che il magistrato possa aggiungere e legittimare di sana pianta un mezzo di prova a cui il legislatore nemmeno rivolse il pensiero. I pochi casi regolati dal codice di commercio, di perizie *preventive* o *senza contraddittorio* (art. 71, 402, 403), non sono da confondere con la perizia a futura memoria, sia perchè questa non escluderebbe il contraddittorio, sia perchè nei detti casi la controversia è già sôrta, le cose che formano oggetto della perizia sono sottoposte a sequestro; e la lite immediata è inevitabile se le parti non si conciliano.

Una perizia *a futura memoria* può sempre essere fatta eseguire *privatamente* dall'interessato; il valore della medesima è ben diverso da quello di una perizia *giudiziale;*

ma non è da escludere che in qualche circostanza possa esercitare una influenza sulla convinzione del magistrato nel giudizio posteriore.

427. Il nostro codice attinse da quello di Ginevra l'idea di alcune modificazioni al sistema di procedimento stabilito per questa prova dal codice francese.

La perizia, proposta nei modi ordinari, viene ammessa con ordinanza o con sentenza; il suo oggetto deve essere chiaramente enunciato nella forma di quesiti che i periti risolveranno. E perchè la sua esecuzione non serva di pretesto a trascinare troppo in lungo la controversia, viene assegnato nel provvedimento stesso il termine in cui la si deve eseguire (art. 252).

La scelta dei periti è fatta dalle parti d'accordo, o dall'autorità giudiziaria, nel caso che non possano fra di esse convenire (art. 253 del cod. e art. 38 del r. d. 31 agosto 1901). Non è però lecito che le parti si accordino nella scelta di alcuni fra i periti e lascino al magistrato la nomina di altri; così avrebbesi il pericolo che ciascuna parte scegliesse uno o più periti di sua esclusiva fiducia ed accaparrati al suo servigio, facendo analoga concessione all'avversario. Questa era usanza della pratica antica che si è voluta totalmente bandire.

428. Il codice francese stabilisce che i periti non siano mai meno di tre, richiedendo il consenso delle parti perchè possa venirne eletto uno solo. Parve ragionevole tener conto della semplicità di molti affari, nei quali pur è indispensabile l'opera del perito (suppongasi una divisione, la misurazione d'un fondo, la stima d'una cosa mobile od immobile, ecc.); e si preferì lasciare al magistrato, ovvero all'accordo delle parti, di determinare se debbansi eleggere uno o tre periti (art. 253). La legge non parla di numero superiore a tre; ma quando le parti si ponessero d'accordo per avere cinque periti o sette, ecc., non vediamo motivo per negarne l'ammissibilità.

È questione se possano i periti essere in numero *pari*. Alcuni codici hanno disposizioni tanto generali da non escludere che questo numero possa essere stabilito dal magistrato di suo prudente arbitrio. Fra noi si oppone il

testo della legge a questa tesi; ma non pare che si opponga a ritenere legale il numero pari concordemente voluto dalle parti. L'art. 264 del codice (che solo dà lume in proposito) attesta il *desiderio* del legislatore che i periti esprimano *un solo avviso motivato a pluralità di voti;* ma permette la divergenza delle opinioni, e la vuole anzi dichiarata e motivata, come vedremo più oltre. Ora, come è possibile la divergenza fra più periti in numero dispari, è possibile l'accordo fra più periti in numero pari; non sembra pertanto che il requisito del numero dispari abbia tale importanza, nelle vedute del legislatore, da non poter essere derogato pel consenso delle parti.

429. È chiaro che, quando l'elezione dei periti sia fatta per concordia delle parti, non si può parlare di ricusazione — eccetto il caso in cui questa fosse motivata da cause sopraggiunte *dopo la nomina* (capoverso primo dell'art. 254). La legge, del resto, vuole che in tale riguardo sieno evitati tutti i pretesti di indugio e sia dato pronto esaurimento alla difficoltà che la ricusazione del perito fa insorgere nel procedimento. Perciò i motivi di ricusazione *anteriori* alla notificazione della nomina dei periti fatta *d'uffizio* devonsi proporre entro otto giorni da tale notificazione od entro quel termine più breve che l'ordinanza o la sentenza di nomina avesse in caso d'urgenza fissato. I motivi *posteriori* alla notificazione della nomina d'uffizio, od alla scelta fatta consensualmente, sono proponibili sino all'istante della prestazione del giuramento (v. n. 431). Questo prestato, e vincolata la coscienza del perito al fedele adempimento dei suoi uffizi, non è più lecito ricusarlo (art. 255).

La ricusazione si propone al tribunale mediante citazione della parte avversaria a udienza fissa; la citazione viene notificata anche al perito od ai periti ricusati, che hanno diritto di presentarsi in giudizio per contrapporre quei fatti o quelle considerazioni che credano convenienti al motivo od ai motivi della ricusazione. Nell'atto di ricusazione devesi contenere, oltre la proposta dei motivi, anche la indicazione dei documenti sui quali essi fondansi, ovvero l'offerta delle prove testimoniali che a loro dimostrazione occorressero (art. 256).

Se i motivi sono riconosciuti giusti, la sentenza che ammette la ricusazione nomina altri periti, nè contro di essa si concede l'appello (art. 257). Questo è un savio provvedimento, poichè non giova trarre in lungo una disputa sempre odiosa; d'altronde se al magistrato che richiede i lumi e l'opera del perito parve ben fondata la ricusazione, sarebbe assurdo che per giudizio di un magistrato superiore gli fosse imposto di avere fiducia in quel perito in cui egli ha ormai manifestato di non averne.

Ma la ricusazione può essere rigettata. Allora il giudizio grava direttamente una delle parti, la quale, se esso sia ingiusto, può risentirne nocumento assai grave; non si doveva quindi in siffatta ipotesi derogare dalla regola comune dell'appellabilità della sentenza; solo, per la necessaria celerità del giudizio, furono stabiliti all'appello termini assai più brevi degli ordinari (art. 258).

430. Il rigetto della domanda di ricusazione può dimostrare un certo grado di colpa imputabile alla parte che la propose. E poichè i motivi addotti possono essere di tale natura da offendere l'onore dei periti, si volle che il ricusante sia condannato nel caso di soccombenza a rifondere i danni *per lesione di onore* ai periti ricusati che ne facciano istanza, e il magistrato la ravvisi fondata. Disposizione molto notevole, perchè è forse la sola nel nostro diritto positivo che faccia allusione netta al risarcimento di danni *puramente morali*. L'istanza può essere proposta o nello stesso giudizio di ricusazione, se il perito vi interviene, od anche in giudizio posteriore alla sentenza di rigetto della ricusazione. Siccome però il perito che chiede la rifazione dei danni si pone in uno stato di antagonismo aperto colla parte ricusante, così fu prescritto che egli debba abbandonare l'uffizio di perito, o cessarne *ipso jure*, allorchè proponga o voglia proporre la detta domanda. Adunque il perito che dopo rigettata la ricusazione avesse eseguita la perizia, od anche solo assunto l'incarico colla prestazione del giuramento, avrebbe con ciò irrevocabilmente rinunziato all'azione di indennizzo, o al profitto della condanna a di lui istanza già proferita (cit. art. 258).

431. Come per i testimoni, anche pei periti la prestazione del giuramento è considerata una specie di cauzione

morale della coscienziosità delle loro operazioni. Il provvedimento che ammette la perizia delega un giudice per ricevere il giuramento dei periti (art. 252); se è ammessa con ordinanza, questa fissa pure il giorno per la prestazione del giuramento (art. 38 del regio decreto 31 agosto 1901); se con sentenza, la parte più diligente cita innanzi al giudice delegato l'avversario e i periti affinchè questi giurino (del che si redige processo verbale); il giudice stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui cominceranno le operazioni. A domanda dei periti ordina anche alle parti di anticipare quanto abbisogna per le spese (art. 259). Non presentandosi il perito nel giorno stabilito per giurare, o nel giorno e nel luogo stabilito per la esecuzione della perizia, dopo aver giurato, lo si reputa rinunciante; nel secondo caso può anche essere condannato a risarcire le spese e i danni. Tanto in queste ipotesi, come in quella di rifiuto espresso del perito (il quale non è mai *obbligato* ad accettare la nomina), si procede alla scelta di un surrogante, o per accordo delle parti, o dall'autorità giudiziaria (art. 260).

432. Affinchè i periti possano adempiere il loro incarico devono ricevere in consegna dalle parti, entro cinque giorni dal prestato giuramento, la copia dei quesiti sui quali sono interrogati ed i documenti, il cui esame può, a norma dei casi, essere necessario (art. 261). Le parti possono assistere all'esecuzione della prova, secondo le regole generali; e poichè la medesima si compie senza l'intervento continuato del giudice, è data facoltà alle parti stesse di rivolgere direttamente ai periti le osservazioni che credano di proprio interesse; i periti devono farne cenno nella relazione (art. 262). Si usa spesso di comunicare ai periti *ricordi* scritti, che essi allegano alla relazione. E tutto ciò può essere fatto dalle parti conferendone mandato a tecnici, i quali in certa maniera prestano il loro patrocinio come periti privati *(avvocati-periti)* e controllano il perito giudiziario nell'opera sua con una competenza speciale nella materia, quale mancherebbe alle parti e ai loro legali patrocinatori.

433. Ai periti (come già fu detto) è assegnato un termine, durante il quale compiono i lavori con quei metodi e quell'ordine che paiono a loro opportuni. Se poi non riescono

a compierli, hanno facoltà di domandare una proroga, purchè prima della scadenza, mediante ricorso al presidente, che provvede dopo sentite le parti (e ciò perchè la domanda di proroga non serva a legalizzare la negligenza dei periti); alla prima proroga non potrà seguirne una seconda, se non nelle condizioni dettate dall'art. 47; in ogni caso con lo spirare del termine stabilito o prorogato, il perito, che non abbia compiute le operazioni o non presenti la relazione, decade *di diritto* dalla nomina, e le parti possono chiederne la surrogazione nei modi già spiegati; il perito negligente non solo non ha diritto ad alcun rimborso di spesa od onorario, ma è tenuto verso le parti alle spese ed ai danni che da sua colpa derivano (art. 263 e 268). Però, se la relazione è presentata fuori del termine, ma prima che dalle parti sia stata chiesta la surrogazione, intendesi giustificata dal loro silenzio la mora del perito, e la relazione rimane valida. Può anche essere dimostrato dal perito che il ritardo ebbe causa da un legittimo impedimento, nel qual caso non sarà pronunziata la di lui decadenza dall'incarico. Allorquando tale decadenza si verifica, non può l'autorità giudiziaria, provvedendo per la nuova esecuzione della perizia, conferire nuovamente l'incarico al perito decaduto.

434. Le operazioni peritali costituiscono lo stadio esecutivo della prova e dividonsi in due parti distinte: 1° esame analitico della materia sottoposta a perizia e delle questioni presentate ai periti; 2° relazione al magistrato in cui sia espresso il risultato degli studi e delle indagini nella forma di risposte ai quesiti formolati.

Per la prima parte non occorrevano nè erano possibili regole o formalità; per la seconda il legislatore italiano si è trovato dinanzi due sistemi. L'uno, accolto dal codice francese, che vuole una relazione peritale *scritta* in tutti i casi; l'altro, preferito dal codice ginevrino, che lascia liberi i giudici di ordinare la relazione in forma verbale all'udienza pubblica. Fu prescelto il francese temperandolo con una disposizione in virtù della quale, quando l'autorità giudiziaria lo ravvisi necessario, può ordinare la comparizione dei periti all'udienza per dare schiarimenti verbali (art. 269). Il sistema ginevrino, illustrato colla solita lucidezza dal

Bellot (1), è, secondo noi, preferibile. Non è sempre possibile che le risposte verbali bastino allo scopo della perizia; ma il magistrato dovrebbe essere libero di ordinare la relazione scritta o verbale, a seconda delle circostanze. Questo è il sistema adottato di recente anche dal legislatore austriaco (§ 357). Ne abbiamo una traccia nel sistema del procedimento avanti i pretori (v. n. 551).

435. I periti devono redigere un'unica relazione (articolo 264), qualunque sia il loro numero, giacchè unica è la prova; e poichè quel che si vuole da loro è un consulto o parere, esprimeranno anzitutto quello che raccoglie il suffragio della maggioranza, spiegandone i motivi. Ma tenuto conto dell'importanza che può avere per il giudice, in riguardo all'indole speciale della prova, il conoscere e valutare le opinioni dei dissenzienti, è ordinato che anche di queste si espongano i motivi nella relazione. Parve utile proibire che sia accennato quali periti professino un'opinione e quali una diversa, per evitare che la deferenza, la simpatia, od altro elemento meno puro, influisca sull'animo del giudice (art. cit., capoverso primo). Al contrario il nuovo regolamento austriaco (§ 361) stabilisce che, nel caso di discordia, ciascun perito debba dichiarare e motivare separatamente la propria opinione. Questo sistema ha una spiegazione razionale, non potendosi interdire al giudice di fare stima maggiore della scienza o della incorruttibilità di uno piuttosto che di altri fra i periti, specie nei casi in cui non ebbe parte nella loro nomina, non essendo del tutto consono al carattere di questa prova (v. art. 270) che il parere più autorevole sia, o sembri, determinato dal numero.

È risaputo che la prova per periti riesce non di rado assai dispendiosa. Per evitare che vi si aggiunga l'aggravio di spese non necessarie è stabilito che non possano i periti corredare le loro relazioni di piani o di tipi, se non ne sia data autorizzazione nel provvedimento che ammette la prova, o se, anche posteriormente, non vi acconsentano le parti (articolo citato, capov. secondo).

---

(1) *Exposé des motifs*, tit. XVI.

I periti presentano la relazione al cancelliere dell'autorità giudiziaria dinanzi alla quale hanno prestato il giuramento, ed alla presenza di lui la firmano, o in caso che non sappiano scrivere la confermano, dietro lettura che ne dà loro il cancelliere stesso, al quale però deve essere presentata dopo la compilazione in iscritto, non spettandone a lui la cura secondo il codice (a differenza di altre leggi) neppure nel caso di analfabetismo dei periti. Del deposito, ed eventualmente della lettura e conferma, il cancelliere stende processo verbale che rimane annesso alla relazione (art. 265 e 266).

Essendo la perizia opera di professionista o di artista, nell'esercizio speciale della sua professione od arte, deve essere rimunerata. L'onorario è tassato dal presidente del tribunale in margine al processo verbale di deposito della relazione. I periti hanno azione pel pagamento verso la parte che ha chiesta la prova, o verso tutti gli interessati *in solido*, se essa *sia stata ordinata d'uffizio* (art. 267).

436. La relazione non è atto pubblico; e quindi qualunque parte di essa, che affermi fatti, dichiari operazioni compiute, notizie raccolte, ecc., può sempre essere impugnata con qualunque mezzo di prova, senza bisogno di querela di falso. Persuade che il perito non si possa considerare *pubblico ufficiale*, nel senso del diritto civile, il riflettere: *a)* che esso è vincolato da semplice giuramento promissorio, come un testimonio; *b)* che la sua relazione fornisce lumi al magistrato, ma non fa prova assoluta; *c)* che il magistrato, non prestando fede *a qualsiasi parte di una relazione di perizia*, non solo può chiamare il perito per chiarimenti, ma può ordinare una nuova perizia; e, dopo questa, è ancora libero di prestar fede piuttosto alla prima che alla seconda, od in parte all'una, in parte all'altra (1).

437. La disposizione ora citata ha una certa importanza, giacchè il suo linguaggio si presta a sostenere la tesi che una prova peritale possa sempre essere ordinata *anche d'uffizio* (2). E questo principio sembra a noi di una perfetta

(1) Conf. cass. Roma, 26 maggio 1903, *Giur. it.*, 1903, I, 1, 679.

(2) In realtà l'art. 267 è la traduzione dell'art. 319 del codice francese. Ed il codice francese ammette che si possa ordinare d'uffizio la perizia, come la prova testimoniale, l'interrogatorio, ecc.

ragionevolezza, in riguardo sempre all'indole ed allo scopo di questo mezzo istruttorio. Laonde crediamo si debba ammetterlo. Potrebbe intendersi però che la perizia *ordinata d'uffizio,* di cui parla l'art. 267, sia quella soltanto prevista nell'art. 269; la *nuova perizia,* cioè, che i magistrati hanno facoltà di ordinare, quando quella eseguita sembri loro tanto oscura da non poter essere completata neppure con schiarimenti dati per iscritto, ovvero oralmente alla udienza. Ma non ci sembra che vi sia un nesso così necessario fra i due testi da escludere, come principio generale, la facoltà nei giudici d'ordinare d'uffizio anche una *prima perizia,* quando loro sembri utile.

438. Una importante osservazione è da aggiungere a proposito dell'art. 269. Si disputa *quante volte* il magistrato possa ordinare la rinnovazione di una perizia, nel caso che non trovi nella relazione elementi sufficienti per decidere la controversia. Con superficialissima trattazione dell'argomento, qualche commentatore espresse l'avviso che non solo una seconda, ma anche *una terza perizia* possa essere ordinata. Per giustificare la soluzione fu anche invocato il vecchio ditterio: *ubi lex voluit dixit.* Questo metodo di argomentazione è erroneo e pericoloso. Erroneo, giacchè l'art. 269 autorizza il giudice a ordinare *una nuova perizia,* e non già *nuove perizie* in genere; dunque il legislatore *dixit.* Pericoloso, ancora, servendo esso a giustificare non solo l'ammissione di una terza perizia, ma anche quella di una quarta, di una quinta, e così all'infinito. L'ordine di una nuova perizia implica una proroga dei termini d'istruttoria; e si sa che la seconda proroga (quale si avrebbe con la terza perizia) è in generale vietata. Ma vale la pena di riflettere che la determinazione del numero massimo di *tre perizie* sul medesimo tema appartiene a metodi giudiziari anteriori alla codificazione francese, i quali conferivano ai periti la qualità vera e propria di giudici, e permettevano l'appello da una perizia come da una sentenza; laonde, dove due gradi di appellazione erano permessi contro le sentenze (come in Piemonte, secondo le antiche costituzioni), era parallelamente ammesso il possibile esperimento di tre perizie successive. Questa origine dell'opinione da noi combattuta conferma la censura di superficialità che le abbiamo apposta.

§ 6. — Accesso giudiziale.

439. L'accesso giudiziale *(descente sur les lieux*, meglio *ispezione del luogo o della cosa controversa)* è un mezzo di prova che non può essere adatto ed utile se non in quelle liti nelle quali sia ragionevole reputare che la vista del luogo o della cosa per parte del giudice possa rischiarare la causa di una luce assai più opportuna ed efficace di quella che si otterrebbe da una semplice deposizione testimoniale o da una relazione di periti. L'esame testimoniale durante la visita sopra luogo, o l'intervento d'un perito che fornisca schiarimenti al giudice, sono ottimi elementi complementari a questo mezzo di prova.

Trattandosi di un atto istruttorio destinato a corroborare con elementi soggettivi la convinzione del giudice, o formarla se gliene manchino nella causa i materiali, è ragionevole che possa essere ordinato non solo sopra istanza delle parti, ma ben anco d'uffizio (art. 271). Ma un difetto ragguardevole della nostra legge è di avere stabilito che l'accesso giudiziale sia in ogni caso eseguito da un solo giudice (art. cit.). Nè basta che in questo caso sia esclusa la delegazione di magistrati estranei al tribunale giudicante (il che d'altronde è controverso); e qualora si rifletta non essere affatto certo che il giudice il quale visiterà il luogo o la cosa partecipi poi alla decisione della lite, si vedrà quando sarebbe stato meglio che, sull'esempio del codice ginevrino, del toscano e d'altri, adottato pure recentemente da quello germanico e dall'austriaco, fosse stato concesso di disporre (almeno nei casi più gravi) l'accesso dell'intero collegio. Ciò accresce la possibilità che le impressioni raccolte sul luogo esercitino reale influenza sulla decisione della causa.

440. L'oggetto dell'accesso giudiziale dev'essere determinato nell'ordinanza o sentenza che lo stabilisce. Ben si intende che basta una determinazione in via generica, senza che sia vietato di estendere quanto occorre le osservazioni e gli accertamenti (art. 275). Se abbiamo da assistere periti, si provvede alla loro nomina nelle forme ordinarie. Se sia proposto di sentire testimoni, il giudice delegato all'accesso deve riconoscere l'utilità del loro esame, e qualora lo

ammetta, verrà eseguito nelle forme ordinarie (art. 272 e 278). Inoltre le parti presentano al giudice nel corso della prova quei documenti di cui loro sembri opportuno che abbia cognizione: finito l'accesso sono restituiti ai producenti perchè se ne valgano in lite, comunicandoli regolarmente, ove già non l'abbiano fatto. In casi speciali può essere dal giudice ordinato l'immediato deposito presso il cancelliere (art. 280).

441. All'esecuzione dell'accesso si provvede nei modi seguenti:

La parte più diligente fa domanda per la esecuzione, citando l'altra innanzi al giudice delegato. Chi propose la prova (o, se è ordinata d'uffizio, chi ne provoca l'esecuzione) deve anticipare le relative spese sopra ordine del giudice. Fissato da questi il giorno, l'ora ed il luogo dello accesso, saranno citati a presentarvisi, sopra istanza della parte e dietro ordine del giudice, i periti che abbiano accettata la nomina, i quali prestano il giuramento sul luogo stesso. Non è necessaria la presenza delle parti e neppure quella dei loro procuratori, perchè il giudice possa eseguire e far eseguire dai periti le indagini ed ispezioni successive.

I periti redigono la loro relazione nelle forme ordinarie; potendo, la presentano immediatamente; in caso diverso, il giudice dà le disposizioni relative al termine e al luogo in cui la dovranno presentare e stabilisce se debba essere corredata di tipi; essa rimane annessa al processo verbale dell'accesso e forma col medesimo un solo atto (art. 273, 274, 275, 276, 277). Meglio sarebbe stato, pei casi più semplici, permettere la relazione orale, da riassumersi a cura del giudice nel processo verbale.

Se l'accesso non possa esser compiuto in un solo giorno, il giudice lo proroga ad altra giornata, nè occorre che siano fatte altre citazioni alle parti od ai periti. Il processo verbale indica tutte le particolarità dell'accesso, è sottoscritto dalle parti e dai loro procuratori, dai testimoni, dai periti, se e quando intervenuti; non che dal giudice e dal cancelliere. In caso d'interruzione, è sottoscritto ogni volta da tutti i presenti (art. 279 e 281).

442. Come abbiamo deplorato che la nostra legge non ammetta la *perizia a futura memoria* (n. 426), così dobbiamo dire che sarebbe desiderabile vedere disposto dalla medesima l'accesso giudiziale per l'accertamento di fatti intorno ai quali forse sorgerà controversia in avvenire e che frattanto sono suscettibili di alterazione. Anche questa specie di prova è ammessa dal codice germanico (§ 485) e dal regolamento austriaco (§ 384).

Dai commentatori in generale si ritiene che, non potendo l'accesso venir eseguito se non da un giudice del collegio investito della lite (art. 271), ciò ne renda impossibile l'esecuzione sopra un territorio che non appartenga alla giurisdizione del tribunale. Veramente non v'è testo di legge che sancisca questo divieto, il quale si suole argomentare dal dettato di Paolo: *Extra territorium jus dicenti impune non paretur* (L. 20, Dig. 2. 1). Il codice germanico (§ 372) previene la difficoltà ammettendo la delegazione del tribunale del luogo dove l'accesso deve essere eseguito. Sarebbe stata ottima cosa che il nostro legislatore avesse prevenute le incertezze su questo punto importantissimo.

SEZIONE V. — *Controversie sul valore giuridico formale di prove precostituite.*

§ 1. — Verificazione delle scritture private.

443. La scrittura privata non fornisce, come l'atto pubblico, una prova assoluta della propria verità estrinseca; ma bensì, giusta la disposizione dell'art. 1320 del codice civile, acquista la fede medesima dell'atto pubblico, quando *sia riconosciuta* da colui contro il quale si produce, o sia *legalmente considerata come riconosciuta* per il di lui silenzio o la di lui contumacia. Quest'ultima regola rappresenta, nel sistema del nostro processo civile, una eccezione alla regola dominante intorno all'onere della prova, cioè l'accettazione, per un caso singolo, del principio secondo il quale i punti di fatto non espressamente contraddetti si considerano tacitamente riconosciuti. L'eccezione è ben giustificata da considerazioni di assoluta convenienza pratica; e fu accolta generalmente, però che

riescirebbe troppo facile svigorire l'utilità sociale della prova scritta, se colui il quale si deve valere di un documento privato fosse prima e sempre obbligato a dimostrarne l'autenticità. Pertanto la legge stabilisce che la persona contro la quale viene il medesimo prodotto sia obbligata a riconoscere, anche col silenzio, ovvero a *negare formalmente* il proprio carattere o la propria sottoscrizione; se si tratti del carattere o della sottoscrizione di un terzo, datore od autore a qualunque titolo, l'obbligo sussiste del pari, ma alla *negativa formale* può essere sostituita la semplice dichiarazione *di non conoscerli;* sarebbe incivile per verità che in forza di una sottoscrizione o di una scrittura altrui, che possiamo non conoscere, e per virtù della sola affermazione dell'avversario, uno scritto avesse forza di obbligarci (art. 1321 cod. cit.).

Queste regole non si estendono alle sottoscrizioni contenute in un atto privato *autenticato* (art. 1323 cod. citato). La fede del pubblico uffiziale stabilisce la loro verità; e per contraddirla occorrono le forme d'impugnazione ordinate per togliere fede agli atti pubblici, che esamineremo nel paragrafo seguente.

444. Dalle norme di diritto statuente che abbiamo ricordate derivano importanti conseguenze nel diritto processuale. L'*obbligo* di dichiararsi sulla verità o sulla conoscenza della scrittura o sottoscrizione ha per conseguenza (art. 283 cod. proc. civ.) che colui contro il quale è prodotto in giudizio il documento privato, se non comparisca, o se comparendo non risponda, o se rispondendo (vale a dire nella prima comparsa che segue la comunicazione del documento) non neghi formalmente la scrittura attribuitagli, o si astenga dal dichiarare che non conosce quella attribuita ad un terzo, si presume che abbia riconosciuta questa o quella, a norma dei casi, nè può pretendere d'impugnarla più tardi; salvo che fosse stato contumace, nel qual caso il secondo capoverso dell'art. 386 dispone che, in qualunque tempo il contumace si presenti in giudizio, anche in via di opposizione o d'appello, può negare o disconoscere la scrittura attribuita a lui od al terzo, purchè lo faccia *nel primo atto* mediante cui effettua la comparizione.

Impugnata in tempo utile la scrittura o sottoscrizione, l'art. 1322 del codice civile dichiara che si procederà *alla verificazione giudiziale*. Ed il codice di procedura regola il modo nel quale si eseguisce tale verificazione.

445. Dal che emerge intanto, avanti ogni altra cosa, che il procedimento per verificazione non riguarda che *lo estrinseco* della scrittura privata, mentre per contestare la esattezza e verità del suo contenuto, per opporne la nullità a causa di errore, violenza, dolo, incapacità, ecc., non v'è mestieri di seguirlo; anzi a questi effetti punto non serve: si tratta di eccezioni da svolgere e ventilare nelle forme ordinarie della discussione.

In secondo luogo, appare come la verificazione delle scritture sia un elemento importantissimo quanto delicato dell'istruzione; ma non un elemento semplice, abbisognando su questo incidente un particolare processo istruttorio, mediante il quale si giunge alla decisione che stabilisce se la scrittura possa o no essere ammessa come mezzo di prova; ciò ne fa veramente *un giudizio nel giudizio*.

In terzo luogo, che l'onere della prova della verità della scrittura spetta a colui che la produce; l'altra parte non ha per legge che l'obbligo di riconoscerla od impugnarla; una volta impugnata non riacquista valore se non dopo la verificazione domandata ed eseguita a diligenza di chi aspira a giovarsene. La parte che impugnò lo scritto ha il diritto di ogni convenuto, quello, cioè, di sostenere la propria difesa, opponendo prove a prove, argomenti ad argomenti per dimostrare che la scrittura non proviene dalla persona a cui si pretende attribuirla.

In quarto luogo, che la verificazione delle scritture può anche formare tema di giudizio isolato, anche a scopo di assicurazione di prova; poichè si può avere interesse a far giudicare la verità, od anche la falsità, di uno scritto che stabilisce a nostro riguardo un diritto od un'obbligazione, che pel suo contenuto ci è di vantaggio o di danno, sia esso nel nostro o nell'altrui possesso. Fra i molti casi di giudizio principale, ossia isolato, per verificazione di scrittura, accenniamo a quello di accertamento od impugnazione dell'autografia d'un testamento olografo, del quale

non si può, secondo il parere prevalente e corretto, disconoscere il carattere di scrittura privata, anche dopo il deposito presso notaio e la regolare pubblicazione.

446. La domanda per verificazione di scrittura, come oggetto di giudizio principale, si propone mediante citazione. Come oggetto di giudizio incidentale, mediante comparsa e proposta d'incidente. Nel primo caso, se il convenuto riconosca la scrittura (od espressamente o col silenzio), le spese della lite promossa stanno a carico dell'attore (art. 282). Se il convenuto invece la impugni, il procedimento continua in tutto e per tutto colle stesse forme che segue nel caso di verificazione incidentale. Laonde il discorso nostro pro seguirà ora considerando entrambe le forme.

447. Dopo l'impugnazione della parte contro cui la scrittura è presentata, deve essere domandata al presidente la delegazione di un giudice per gli atti istruttorii del processo di verificazione (1). La delegazione del giudice ha luogo per *ordinanza,* se le parti non elevano in proposito dissenso; in caso diverso, per *sentenza* del tribunale (articolo 284, capov. secondo). L'ordinanza (e analogamente la sentenza) contiene i provvedimenti opportuni per il deposito e la custodia del documento nella cancelleria (articolo 41 del r. d. 31 agosto 1901).

Le prove che la legge permette sono i *documenti,* le *perizie,* le *testimonianze* (art. cit.). Non è negata per altro la facoltà di ricorrere all'*interrogatorio* od al *giuramento decisorio,* non ostandovi alcuno espresso divieto.

Rispetto alle prove *istrumentali* e *testimoniali* è da avvertire che potranno essere *dirette* od *indirette;* sarà raro tuttavia il caso di prova istrumentale *diretta;* poichè se è riconosciuta la scrittura in altro documento non impugnato, è quasi impossibile che si pensi a muovere controversia su

---

(1) La delegazione del giudice può non occorrere quando si appoggi la verificazione soltanto alla dimostrazione risultante da altri *documenti.* Poichè, o con la comunicazione di questi l'avversario si persuaderà di riconoscere vera la scrittura, o se insista ad impugnarla non rimane che rimettere al tribunale la decisione sulla controversia circa l'efficacia della prova fornita, la decisione cioè sull'incidente, che potrà essere pur discusso insieme al merito.

di essa. La prova per perizia è invece meramente *conghietturale;* si tratta di *perizia calligrafica;* ed ognuno conosce le incertezze e le gravi difficoltà di codesta materia.

In particolare per ciò che riguarda le testimonianze, il primo capoverso dell'art. 284 dichiara che sono ammissibili solo congiuntamente alla perizia, salvo che questa sia *impossibile.* E la impossibilità non può derivare che dal difetto di *scritture di comparazione* (v. n. 449). La ragione per cui il legislatore ha posto questo limite all'ammissibilità della prova testimoniale, si trova nella somma difficoltà di ottenerne risultati appieno convincenti. Sia pure *prova diretta,* vale a dire, attestino i deponenti di aver veduto scrivere o sottoscrivere l'atto, non è men grave il dubbio circa la *identità* di questo, oltre alla diffidenza che in generale ispira una recisa affermazione o negazione su argomento di tanta incertezza. Peggio poi se è *indiretta:* le circostanze anteriori, concomitanti, o posteriori, che rendono credibile la verità della scrittura, per quanto *verosimili,* non tralasciano mai dall'essere in certo modo *indiziarie* e quindi vaghe, indefinite, discutibilissime.

448. La prova conghietturale è fatta per mezzo di *scritture di comparazione,* e col giudizio di periti eletti di uffizio dal giudice delegato (1), rispetto ai quali sono applicabili le regole ordinarie circa la capacità e la ricusazione (art. 285). Si è discusso se dovesse invocarsi l'opera dei periti, o bastasse lasciare alla prudenza del magistrato di formare le congetture che gli apparissero più ragionevoli; e sembrò cauto adottare il primo partito, pur dovendosi notare che nemmeno in questo caso l'opinione dei periti vincola l'autorità giudiziaria (art. 270). Il codice germanico, che esclude la prova testimoniale, lascia in facoltà del giudice formare la propria convinzione o consultare l'avviso dei periti (§§ 441 e 442). Così pure il nuovo regolamento austriaco (§§ 314 e 315). Il codice ginevrino attribuisce la stessa facoltà ai giudici, ma consente anche le prove testimoniali (art. 250 e 252).

(1) La redazione dell'art. 285 fa credere che i periti non possano essere scelti per accordo delle parti; ma non vi è una ragione giuridica sufficiente per ritenere invalido tale accordo qualora abbia luogo.

449. Per la prova testimoniale si osservano le regole ordinarie, quanto al modo di proporla e di eseguirla. Soltanto la legge vuole che non si ammettano testimonianze se non in quanto tendono direttamente od indirettamente alla prova della verità della scrittura, e che questa sia presentata a ciascun testimonio perchè la sottoscriva, facendosi cenno della sottoscrizione o del rifiuto nel processo verbale della prova (art. 294). Ma la prova per periti richiedeva norme speciali, a cui è dedicato il maggior numero delle disposizioni date dal nostro codice sull'argomento di cui ci occupiamo.

È manifesto primieramente che essa ha bisogno di un punto d'appoggio ben determinato. A nessun perito si può chiedere che dica se una determinata scrittura è di mano di Tizio o d'altri, senza che gli sia offerto insieme il raffronto di essa con altra scrittura di Tizio sulla verità della quale non cada veruna controversia. Onde è che la prova per perizia è possibile solo quando si abbiano *scritture di comparazione;* e il giudice che ordina la perizia, deve contemporaneamente designare quali documenti serviranno a questo effetto (art. 285).

Le parti possono accordarsi nella scelta delle scritture di comparazione ed allora il còmpito del giudice è di gran lunga semplificato. Se non s'accordino, il giudice, su proposta o d'uffizio, sceglierà siffatte scritture tra i documenti che appartengono ad alcuna delle categorie indicate nell'art. 286; e cioè: 1° firme apposte ad atti seguìti davanti notaio od altro uffiziale pubblico; — 2° carte firmate in qualità di uffiziale pubblico da colui del quale devesi verificare la scrittura; — 3° scritture o firme private della persona stessa, quando però siano riconosciute *attualmente,* non bastando il riconoscimento espresso o tacito e nemmeno la giudiziale verificazione fattane in altri casi antecedenti (1); — 4° la parte riconosciuta o non negata della scrittura medesima da verificarsi.

450. Ad eccezione dell'ultima, le indicate specie di scritture di comparazione possono trovarsi presso i depo-

(1) È evidente che la legge contempla l'ipotesi di verificazione giudiziale non avvenuta fra le stesse parti ora contendenti, cioè di sentenza di verificazione che fa stato *inter alias*, secondo le regole generali intorno all'autorità della cosa giudicata.

sitari pubblici od altre persone. Nel primo caso devesi distinguere secondo che il trasporto dal luogo di deposito sia permesso o vietato. Se è permesso, il giudice delegato può ordinare che le medesime siano trasportate nel luogo dove si eseguisce la verificazione, ed ivi presentate a cura del depositario. Il quale però, prima di levarle dal luogo di deposito, deve farne copia esatta, che sarà verificata sull'originale dal giudice procedente o da un giudice delegato da lui (se l'uffizio di deposito sia fuori della sua giurisdizione). Questa copia, insieme ad un processo verbale constatante l'asporto dell'originale e la causa di esso, è custodita in sua sostituzione, sino a che venga rimesso alla propria sede; e in caso di bisogno serve pel rilascio di copie del documento a chi ne abbisogni. Del processo verbale rimane annessa una copia all'originale. Se occorre poi, il giudice ha facoltà di ordinare che questo rimanga custodito presso il cancelliere del tribunale, il quale ne diventa responsabile, per tutto il tempo che ne fa bisogno. Il depositario ha diritto al rimborso di tutte le spese pel proprio trasferimento, e pel ritorno, se del caso, onde ritirare il documento, non che per la compilazione della copia e del processo verbale. Esse sono liquidate dal giudice e soddisfatte dalla parte che ha chiesta la verificazione (art. 288 e 289). Al depositario, che non si presti a quanto sopra, può essere applicata una pena pecuniaria estendibile a lire cinquecento.

Se il trasporto è vietato, il giudice si trasferisce nel luogo dove esiste il deposito, accompagnato dal cancelliere e dai periti, i quali, alla presenza del depositario, esaminano il documento. Va da sè, che se l'esame dovesse durare più giornate o più sedute, alla fine di ciascheduna il depositario lo ritira per ripresentarlo all'aprirsi della successiva (articoli citati).

451. Quando si tratti di documenti che sono posseduti da un privato, la legge sanziona l'obbligo della presentazione dietro ordine del giudice. È questo un obbligo strettamente analogo a quello di far testimonianza; e pertanto ci sembra che non si debba estenderlo a carico della persona contro cui si opera la verificazione, nemmeno se

si tratti di verificare la scrittura attribuita ad un terzo, che essa abbia dichiarato di ignorare. Essa invece potrà essere obbligata altrimenti a fornire un documento di comparazione della propria scrittura, come vedremo nel numero seguente.

Pei terzi a cui è ordinata la presentazione delle scritture di comparazione, la legge (art. 287, primo capoverso) dichiara che vi possono essere obbligati *nelle vie ordinarie.* Ciò significa che in caso di renitenza possono venir citati in giudizio e condannati alla presentazione mediante sentenza, suscettibile ben anco della esecuzione forzata per consegna di cosa mobile, della quale però sono evidenti le difficoltà pratiche. Ma in ogni modo, giusta il citato testo, soggiacciono all'obbligo del risarcimento dei danni.

452. Le scritture di comparazione possono mancare od essere insufficienti. A questo difetto è possibile riparare se la scrittura controversa è attribuita alla parte che la impugna, e questa sia in grado di scrivere. Allora, se essa è presente, il giudice può ordinare che scriva sotto la sua dettatura; se non è presente, può fissare un giorno ed un'ora in cui sia tenuta a presentarsi per tale scopo. Se la parte ricusa di scrivere o non si presenta, malgrado la regolare notificazione dell'ordinanza, e non giustifica un legittimo impedimento a scrivere od a presentarsi, la scrittura *si può dichiarare come riconosciuta* (art. 290). Sebbene grave, questa conseguenza non deve apparire ingiusta, tanto più che il legislatore ha usata la cautela di lasciare il giudizio sul riconoscimento alla *discrezione* dell'autorità giudiziaria, la quale, apprezzando tutte le circostanze, potrà anche astenersi dal pronunziarlo.

453. Circa l'esecuzione della perizia è disposto che le parti, le quali abbiano presenziato il giuramento dei periti e la consegna ad essi delle carte di confronto, debbano ritirarsi, facendo prima quelle istanze od osservazioni che reputino di loro interesse e che saranno inserite nel processo verbale (art. 291). I periti a lor volta procedono agli studi necessari per la verificazione, tutti insieme, nel locale della cancelleria, o dove sono conservati i documenti di confronto, alla presenza del giudice o del cancelliere; ma

la relazione può essere compilata in qualunque altro luogo. Se occorra rimandare ad altri giorni la continuazione del procedimento, si uniformeranno alle indicazioni del giudice e del cancelliere (art. 292). L'assistenza del giudice o del cancelliere è, a nostro avviso, necessaria, per garanzia di sincerità, anche alle operazioni fotografiche che i periti credessero utili per lo scopo delle loro ricerche; e per evitare frodi le negative delle fotografie devono rimanere in custodia del cancelliere. La relazione, stesa e presentata colle norme consuete, è annessa al processo verbale della procedura (art. 293).

454. Esaurite tutte le prove, le parti dovranno discutere sulle loro risultanze innanzi al tribunale, onde provocare la sentenza che accerti la verità o la non verità della scrittura o della firma controversa. Reputò il nostro legislatore che fosse da considerare atto colpevole quello di colui che ha negata la propria firma, se invece emerga dalle prove la verità della medesima. E tanto per infliggere una pena a simile colpa, come per distogliere da così gravi eccezioni, a mero scopo tergiversatorio, impose (art. 295) che colui il quale ha negata la propria scrittura, riconosciuta poi per vera, sia condannato ad una multa da lire centocinquanta a lire cinquecento, alla rifusione delle spese ed al risarcimento dei danni. Sulla *multa*, che è una pena in tutto il rigore della parola, non possiamo esprimerci in senso favorevole. Il codice francese (art. 213) l'ammette nella misura fissa di lire centocinquanta; nè il ginevrino, nè il germanico ne fanno parola. Potendo rimanere dubbio sulla certezza dei motivi che hanno fatto respingere l'impugnazione, sarebbe equo prescindere da questa sorta di repressione. Tutt'al più riconosciamo ispirata da un giusto criterio la disposizione del nuovo regolamento austriaco (§ 313), che ordina l'applicazione di una pena pecuniaria alla parte che abbia contestata *temerariamente* l'autenticità del documento. Al quale effetto si andrebbe anche con la disposizione generale dell'art. 370 del nostro codice, di cui il legislatore non si è accontentato.

§ 2. — Querela di falso.

455. A rendere più ferma la fede dei documenti pubblici, le alterazioni che nei medesimi siano commesse, contro il vero, del quale servono a somministrare irrefragabile testimonianza, sono considerate e punite come reati. Mentre la falsità degli atti pubblici forma oggetto, per questo riguardo, di disposizioni della legge penale, non può la legge di procedura civile trascurare l'importante argomento, che entra pure di necessità nella sfera delle sue discipline. Infatti, quando sia prodotto nel giudizio civile un documento pubblico, e la parte contro cui se ne vuole trar partito lo impugni come falso, dovrebbe immediatamente cessare il magistrato civile da ogni ingerenza nella questione, per deferirne alla giurisdizione penale l'esame e la decisione. Quando ciò si ammettesse in modo assoluto, non sarebbero meno necessarie alcune norme intese a regolare il trapasso dall'una all'altra giurisdizione. Ma il principio non può essere accolto nella sua interezza. L'accusa di falsità di un documento forma materia utile di un giudizio penale quando si tratti di scoprire e punire l'autore del falso. Suppongasi che la lite verta ed il documento si usi fra due persone, nessuna delle quali possa essere colpevole del reato; suppongasi accertata la morte già avvenuta del reo; a qual pro sospendere in simili ipotesi il giudizio civile? non sarà più opportuno che le indagini dirette ad accertare la falsità si svolgano per via incidentale nel giudizio stesso, ad opera e sotto la diretta vigilanza delle parti, interessate ad appurare il vero e ad accelerare la decisione? D'altronde è noto che vi sono casi in cui il falso *intellettuale* od *ideologico* non costituisce reato, ma è effetto d'errore, d'ignoranza, d'una negligenza più o meno grave, ma non dolosa; anche in queste altre ipotesi il giudizio sulla falsità sarà proprio della sede civile assai meglio che della penale. — Infine, appena sorge la questione di falsità d'un documento in giudizio civile, è egli certo che sia fondata la grave accusa? Prima di deferire la ricerca del reo e la punizione del delitto al giudice competente, non è forse opportuno di accertare con serie indagini preliminari se sianvi davvero un reato ed un colpevole?

Questa è la genesi logica dell'istituto del *falso incidente civile*, cioè di quella procedura incidentale che si effettua dinanzi al magistrato civile, per accertare o smentire la falsità di un pubblico documento che è stato prodotto in una controversia perchè vi serva di prova, e che dalla parte contraria è impugnato come falso.

Avvertasi poi, a completamento di queste prime nozioni, che, se la falsità in documento pubblico è ordinariamente il tema di un reato, lo è pure, sebbene con qualche attenuazione dei criteri repressivi, la falsità commessa in un atto o scritto privato. Pertanto, l'istituto del falso incidente civile fu, per analogia, applicato anche al caso della impugnazione d'una scrittura privata, quando non basti negarne l'autografia, ma si voglia o si debba dimostrarne la falsificazione.

456. Ma allargando la sfera di quei medesimi concetti da cui ebbe vita l'istituto processuale del *falso incidente civile*, o la *querela incidentale di falso*, il legislatore italiano andò più in là del francese e degli imitatori suoi. Esso considerò che la questione sul falso, in quanto è tema di una disputa in sede civile, si dirige veramente *contro l'atto*, non *contro il colpevole*, tende ad ottenere *l'invalidamento di quello*, non la *punizione di questo*. Siffattamente distinti essendo i due obbiettivi, ed il primo ben potendo sussistere, come notammo, senza che il secondo sia neppure proponibile, gli parve destituito di logica il limitare la funzione della querela di falso civile al caso di trattazione *incidentale* in una lite vertente. Al pari della verificazione d'una scrittura privata, la dimostrazione della falsità d'un documento può interessare un cittadino, prima ed indipendentemente da qualunque controversia in cui avvenga di farne uso. E però, con felice pensiero, invece di riservare alla sola giurisdizione penale la querela principale di falso, ossia la trattazione *in giudizio autonomo* della relativa controversia, il nostro legislatore statuì nell'art. 296 che la querela di falso si può proporre in giudizio civile, sia come *oggetto principale* della causa, sia *incidentalmente* nel corso di essa.

457. Le cose dette spiegano che la giurisdizione civile deve cedere il passo alla penale, quando vi sia un reato

da giudicare ed i colpevoli possano essere puniti. Imperocchè, in questa ipotesi, se si lasciasse esaurire *prima* il giudizio di falso civile, per invalidare il documento, e se ne intraprendesse *successivamente* uno penale per infliggere a rei le pene che meritano, verrebbe a prodursi un dualismo inutile se non pernicioso. A tale concetto si ispira la disposizione dell'art. 308: « Quando risultino dal procedimento sufficienti indizi di falso, *se gli autori o complici siano viventi*, e l'azione penale *non sia estinta*, l'autorità giudiziaria ordina che si proceda a norma del codice di procedura penale, rilasciando, se ne sia il caso, mandato di cattura ». Per effetto di questa deliberazione *la causa civile è sospesa*, sino a che siasi pronunziato definitivamente nel giudizio penale, salvo che l'autorità giudiziaria creda che la causa o alcun capo di essa possa essere deciso, *indipendentemente dal documento impugnato* (art. cit.). Non poteva poi essere conteso alla parte di provocare essa medesima l'intervento e l'opera del magistrato penale. Nel quale caso, se cioè il querelante converta la sua istanza da *civile* in *penale*, il giudizio civile rimane sospeso, salvo quanto è espresso nella seconda parte del citato art. 308 (art. 317).

458. Non è inutile, a maggiore svolgimento di questi rapidi cenni, esaminare le differenze che passano fra il giudizio penale di falso e quello civile.

Sulle diversità *sostanziali* non occorre altro discorso: il giudizio civile si dirige *contro il documento;* il penale *contro l'autore* e nel tempo stesso per necessità contro il documento che è il materiale del reato. Onde il secondo ha un'ampiezza maggiore del primo. Quanto alle diversità processuali, giova distinguere. La *dichiarazione di falsità*, sia pronunciata in sede penale od in sede civile, e lo sia qui in via d'incidente od in via principale, consegue sempre *l'identico effetto* nei riguardi del documento; essa lo invalida o lo modifica, in tutto od in parte, secondo che sia parziale o totale la falsità riconosciuta (v. n. 460); opera *in confronto di tutti gli interessati*, partecipi o non partecipi nel giudizio, con deroga anche del principio generale dell'art. 1351 del codice civile, non solo perchè l'effetto materiale della sentenza si impone necessariamente a qualunque

interessato, ma eziandio perchè, a differenza delle altre sentenze civili, quella di cui parliamo tiene il luogo di una sentenza penale, cioè si risolve nella proclamazione di un fatto delittuoso e in un provvedimento repressivo d'ordine pubblico; infine, vincola posteriormente i magistrati in qualunque altra sede e grado di giudizio, sì che il giudice penale non potrà discutere della falsità pronunziata irrevocabilmente da quello civile, ma solo della responsabilità dell'accusato; e il giudice civile non potrà ripudiare la dichiarazione di falsità che risulti da una regiudicata penale.

Non è lo stesso della *dichiarazione di verità*. In giudizio penale può essere stata dichiarata la *inesistenza del reato di falso*, che è quanto dire *la verità del documento*, o riconosciuta la *non imputabilità della persona accusata*, od infine semplicemente ritenuta la *mancanza di prove*, a carico dello accusato. Nel secondo e nel terzo caso, la questione *obbiettiva* della falsità rimane impregiudicata e non sarà vietato di riproporla, vuoi in sede civile o vuoi in sede penale. Nel primo invece, la solennità del giudizio penale, condotto nell'interesse generale della società, con tutta l'ampiezza e libertà d'indagini che al giudice istruttore ed al pubblico ministero sono concedute, obbliga a ritenere che nulla sia stato trascurato di quanto doveva esser veduto, analizzato, discusso. E perciò la *dichiarazione di verità* difende per l'avvenire il documento dal pericolo di qualunque attacco, da parte di qualsivoglia persona; ben inteso, quando non si tratti di attacco, sia pure per titolo di falsità, ma essenzialmente diverso da quello su cui venne dal giudice penale sentenziato, giacchè in tale ipotesi, non solo ad un giudizio civile, ma anche ad un nuovo giudizio penale potrebbesi far luogo. Ma la *dichiarazione di verità*, o per dir meglio la *reiezione della querela*, in sede civile, non può essere apprezzata alla medesima stregua. La discussione si è agitata fra due privati; ciascuno di loro addusse le prove che reputò più opportune per la difesa del proprio assunto; il magistrato non ebbe facoltà di pronunziare se non *sopra i risultati di quelle prove*. Egli adunque respingendo la querela, o dichiarando vero il documento, ha statuito in sostanza che le prove offertegli *non furono sufficienti a*

dimostrare la falsità. Se fra i due contendenti questa decisione impedirà in perpetuo che si riproponga la medesima disputa, poichè *fra loro* esiste l'autorità della regiudicata, essa non potrà similmente impedire che altri proponga in diversa sede la querela, per gli stessi o per differenti motivi, somministrandone serie ed acconce prove e facendo venire in luce quella falsità che il primo querelante non aveva saputo dimostrare.

459. I principii regolatori della materia sono pertanto tre:

1° la sentenza che dichiara falso un documento fa stato contro qualunque interessato, sia essa proferita in giudizio penale o civile (principale od incidentale);

2° la sentenza proferita in sede penale, che dichiara inesistente il reato di falso, fa pure stato contro qualunque interessato;

3° la sentenza civile (in sede principale od incidentale) che pronunzia il rigetto della querela e quindi ritiene la verità del documento impugnato di falso, fa stato solo fra le parti che discussero nel giudizio, e per gli effetti civili esclusivamente.

Il capoverso dell'art. 296 dispone che la querela di falso si può proporre quantunque il documento sia stato riconosciuto vero dalle parti, eccettuato soltanto il caso in cui la verità del medesimo sia stata dichiarata *per sentenza irrevocabile in giudizio di falso civile o penale* (1). Interpretando questo testo noi sappiamo ora che la sentenza civile irrevocabile che può impedire la querela di falso è soltanto quella che sia stata proferita fra le stesse parti, od in altri termini quella che costituisce nello stretto ed ordinario senso *eccezione di regiudicata* contro la domanda. Ma la importanza del testo non consiste già nel dichiarare che l'autorità della cosa giudicata è da rispettare anche in

(1) Conviene aggiungere che se la sentenza di merito fondata sul documento che si vuol impugnare come falso è passata in giudicato, la querela di falsità può essere proposta soltanto in via penale, non più in sede civile, dove il rapporto fra le parti non è più regolato dal documento ma dalla autorità del giudicato (cons. cass. Torino, 3 giugno 1901, *Giurispr. ital.*, 1901, I, 1, 950).

questo caso; codesta sarebbe ripetizione inutile di una regola comune di diritto. Ciò che il legislatore ha voluto in particolare significare è che cotale valore di regiudicata spetta alla sentenza civile, che decide sulla querela di falso, non solo quando sia emanata in sede *principale* ma anche se lo sia in sede *incidentale*, laonde chi fosse rimasto vinto nell'*incidente di falso*, non potrebbe riproporre la querela contro il medesimo avversario e per gli stessi motivi, in via *principale*. Ed è questo un principio tanto esatto quanto fecondo di interessantissime conseguenze.

460. Della sua esattezza non può dubitare chi riflette essere l'*incidente* di falso una vera e propria controversia che viene istruita da sè, con mezzi affatto indipendenti dal giudizio principale a cui si innesta, e che riceve la propria soluzione mediante una sentenza la quale è *interlocutoria* quanto alla lite principale, ma *definitiva* quanto alla questione di falsità. Tutti gli atti — ad eccezione del modo di introdurre la domanda — procedono nel falso incidentale e nel principale colle medesime regole e nell'uguale forma; nè possono concepirsi diverse nei due casi le sentenze; sì che assai esattamente l'art. 310 chiama *sentenza definitiva sul falso* quella che chiude l'una o l'altra specie di contraddittorio. E questa sentenza, posto che dichiari la falsità, deve contenere, in entrambe le ipotesi, uguali disposizioni. Infatti, giusta l'articolo 309, essa ordina, a norma dei casi, la *soppressione*, la *cancellazione parziale* o *totale*, la *riforma* ovvero la *rinnovazione* dei documenti dichiarati falsi. Qui cade in acconcio un richiamo al principio stabilito poc'anzi (n. 458). È evidente che queste deliberazioni di *cancellare*, *sopprimere*, *rinnovare* un documento, non possono serbare ristretto l'effetto loro nei rapporti fra i soli litiganti, ma si imporranno eziandio a chi voglia per l'avvenire far uso del documento. La volontà del legislatore è dunque conforme alla dottrina da noi esposta, che cioè la *dichiarazione di falsità*, emessa in giudizio civile od in giudizio penale, fa sempre stato contro e a favore di chiunque vi abbia interesse. Che se di tale verità (per ciò che concerne il giudizio civile) occorresse un'ulteriore dimostrazione, questa sarebbe data dall'art. 494, n. 2, del codice di procedura, che ammette

l'istanza di rivocazione anche quando la sentenza sia stata pronunziata su documenti che la parte ignorava fossero stati dichiarati falsi prima della sentenza stessa. Siccome qui la legge non distingue fra la dichiarazione di falsità proferita in sede civile e quella emessa dal giudice penale, si deve ritenere che contempli indifferentemente entrambe le ipotesi. Ma per ignorare legalmente una pronunzia civile, qualunque essa sia, bisogna non avere avuta la qualità di parte nel giudizio in cui essa venne proferita. Dunque per l'art. 494, n. 2, è posto fuori di dubbio che ai terzi giova e nuoce, a norma dei casi, la dichiarazione di falsità di un documento, risulti essa da sentenza penale o civile, e in quest'ultima ipotesi senza distinzione fra quella proferita in giudizio principale e quella occasionata da un giudizio incidentale.

461. Le conseguenze della parificazione di effetti tra il giudizio principale e l'incidentale, concernono principalmente la *competenza* alla quale è soggetto il secondo.

La domanda per *dichiarazione di falsità* di un documento, è certamente, quanto al *valore*, di competenza del tribunale, poichè la dichiarazione, se ottengasi, produrrà effetto generale, come testè dicevamo, e il valore della causa resta perciò indeterminabile (articolo 81). Di guisa che l'*azione principale* di falso deve essere proposta al *tribunale*. Ma lo stesso è dell'*azione incidentale*, dal momento che questa non serba rigorosamente, verso la causa in cui si produce, *le proporzioni di mezzo a fine*, ma le sorpassa, e tende, per la propria natura, a promuovere una sentenza capace di estendere i suoi effetti fuori e al di là del giudizio che le ha data origine. La competenza per la querela incidentale di falso si determina adunque dalla natura propria della questione, non dal principio che il giudice dell'azione è giudice della eccezione. In altre parole, sorto l'incidente, esso si separa dalla lite principale e deve essere trattato a sè come lite autonoma, innanzi al giudice competente, ch'è il tribunale. Nella causa principale si terrà poi il debito conto degli effetti della sentenza definitiva resa sul falso. E ciò stante, non v'è ragione nè bisogno che il giudizio principale *segua* l'incidentale e si trasporti con esso al tribunale; basta che subisca quella ragionevole sospensione

che gli permetterà di usufruire poi dell'elemento istruttorio richiesto al suo perfezionamento.

Riesce con questi ragionamenti giustificata nel modo più persuasivo la convenienza delle regole processuali già altrove accennate (n. 151), per le quali la cognizione dell'incidente di falso è rimessa al tribunale, quando insorga in una lite promossa avanti un pretore (art. 431), od un conciliatore (art. 455). Il trovare la loro ragione soltanto nel fatto che presso le menzionate magistrature non esiste uffizio di pubblico ministero (sì che non si potrebbe far luogo allo ingerimento suo nella procedura, prescritto dai testi qui oltre indicati) è affatto empirico; la vera ragione scientifica è più intima e di ben maggior peso. Confidiamo di averla chiarita.

462. In giudizio d'appello può essere proposto l'incidente di falso; e può esserlo perfino in cassazione, poichè l'art. 297 dispone potersi il detto incidente promuovere *in qualunque stato o grado della causa*. Ora, se si promuova in appello, molti pensano che lo debba risolvere il giudice d'appello, per la ragione che trattasi semplicemente di portare nella lite *un nuovo mezzo di prova*, secondo la previsione dell'articolo 490. Le nostre premesse ci dettano un diverso avviso. Quel che funziona come mezzo di prova nel giudizio pendente è *la sentenza* che si pronunzierà sul falso; ma il procedimento necessario ad ottenerla, sia pure incidentale, non perde mai la sua essenza di controversia autonoma. La sentenza, mentre fornirà una prova nella lite pendente, avrà forza di giudicato per accertare il falso contro tutti, nell'avvenire. Non monta pertanto che l'occasione di discutere sovra la falsità siasi presentata in grado d'appello, od anche (il che dal nostro punto di vista è indifferente) in cassazione. La controversia autonoma sul falso deve essere circondata di tutte le consuete guarentigie giudiziarie, se si vuole che la sentenza con cui viene decisa consegua legittimamente i suoi effetti. Per il che, *in qualunque grado si trovi la causa*, quando l'incidente di falsità viene proposto, deve il giudizio sul medesimo essere rimesso al tribunale civile *in primo grado d'istanza*, salvo il diritto di appellazione ed ogni altro rimedio di legge contro la sentenza.

Nè ci si obbietti che il codice non contiene questa regola; non vi si trova neppur detto dove e come si discuta l'incidente di falso sorto in cassazione. Siamo dunque in presenza di un punto che, per non essere espressamente regolato dalla legge, deve risolversi secondo i principii della scienza ed in armonia ai criteri fondamentali da cui è partito il legislatore.

Agli accennati criteri furono uniformate anche le disposizioni processuali relative all'esercizio della giustizia amministrativa, che pure riserbarono ai tribunali la esclusiva competenza a conoscere delle questioni di falsità di documenti insorgenti innanzi la quarta sezione del consiglio di stato e le giunte provinciali amministrative (art. 26 del regolamento approvato con r. d. 17 ottobre 1889, e art. 27 del regolamento approvato con r. decreto 4 giugno 1891).

463. Prima di spiegare le norme processuali della materia aggiungiamo un'altra osservazione. La querela di falso serve tanto per impugnare la materialità del documento pubblico, p. es., quando si affermi esservi state introdotte alterazioni, come per impugnarne la verità intrinseca, cioè quando si contesti che dall'uffiziale pubblico od alla presenza sua siano state eseguite o dette le cose o dichiarazioni che esso attesta. Ma se si vuol soltanto impugnare la verità sostanziale delle circostanze dedotte nell'atto, senza contraddire quella delle attestazioni dell'uffiziale pubblico, non occorre querela di falso. Così essa non è richiesta per sostenere la simulazione di un atto o contratto, o la frode intesa fra le parti ai danni di un terzo, ecc. In simili casi procedesi coi mezzi di prova ordinari, poichè l'atto in sè, cioè a dire, in quanto è opera di pubblico uffiziale, non viene nella sua fede attaccato.

464. Per proporre la querela *incidentale* di falso, la parte contro cui fu comunicato in giudizio il documento, deve, mediante comparsa, *interpellare* l'altra *se voglia o no servirsene*, con protesta che, in caso affermativo, *proporrà la querela di falso* (articolo 298). Attesa la gravità del procedimento e delle conseguenze che esso può implicare, è molto opportuna questa forma di intimazione solenne che preludia al suo iniziamento. La comparsa accennata è atto *di procuratore*.

La parte interpellata è libera di *non rispondere;* il suo silenzio equivale a dichiarazione di non volersi servire del documento (art. 301). Se però, invitata a ponderare, essa risolve per un motivo qualunque di *non servirsi del documento*, dovrà dichiararlo mediante comparsa. La qual comparsa vuole l'art. 299 che sia firmata dalla parte, a meno che il procuratore venga munito di mandato speciale per sottoscriverla. Il che s'intende anche pel caso in cui l'interpellato voglia rispondere *affermativamente.*

Se sia fatta dichiarazione *negativa,* il documento s'intende, rispetto alla lite pendente, *rigettato*, cioè da non più tenervisi in conto, sia totalmente o sia nella parte che formò oggetto d'impugnativa. L'interpellante è tuttavia autorizzato a trarre dal documento e dal contegno dell'avversario *le induzioni che creda utili;* inoltre ha diritto di far domanda per quei danni che reputi potergli essere dovuti, a norma delle circostanze, e in quanto ne dia sufficiente giustificazione (art. 300).

Data dall'interpellato risposta *affermativa*, o mantenutosi egli in silenzio, l'interpellante è libero di agire come crede. Può astenersi dal proporre la querela; nè subisce alcuna conseguenza per ciò. Se persiste invece nel suo divisamento, la propone, dando così iniziamento effettivo al giudizio di falso.

Queste norme di procedura furono prescritte nel codice in considerazione del procedimento formale. Perchè fossero adattate con semplicità al nuovo rito ordinario, il r. decreto 31 agosto 1901 prescrisse nell'art. 42 che, dopo l'interpellanza preliminare prevista nell'art. 298, il presidente rinvii la causa ad altra udienza, con intervallo sufficiente, ed assegni il termine *per la risposta* (da darsi con comparsa *notificata*), e quello successivo per la proposizione della querela di falso. Se questa viene proposta, la causa è cancellata dal ruolo, salvo che vi siano domande indipendenti dall'incidente di falso. Se la querela non viene proposta, la causa è proseguita nella udienza di rinvio. Con lo stesso provvedimento suindicato, il presidente dispone quanto può occorrere per il deposito e la custodia del documento impugnato nella cancelleria.

A pagina 424, linea 2ª, si corregga:
equivale a dichiarazione di volersi servire ecc.

se questa sia *negativa*, l'attore potrà promuovere sentenza che riconosca *rigettato* fra essi contendenti il documento, e pronunci come di ragione sui danni e sulle spese. Se sia *affermativa*, o se non venga data risposta, l'attore propone la querela.

466. L'atto con cui la querela viene proposta, base di tutto il successivo giudizio, è senza dubbio assai serio ed importante. Perciò qui pure è prescritto l'intervento personale del querelante, od il rilascio di un mandato speciale al procuratore. Consiste la querela di falso in una dichiarazione ricevuta dal cancelliere mediante erezione di apposito processo verbale, nella quale, oltre che manifestare la generica volontà di impugnare il documento, si dovranno esprimere i *motivi* pei quali lo si impugna. Questi *motivi* sono precisamente la indicazione delle circostanze e delle ragioni di fatto per le quali l'atto si reputa e si vuol dimostrare falso; così sarà un motivo della querela l'affermare che non fu data lettura di un istrumento notarile, malgrado esso ne contenga la dichiarazione; o che non fu numerato e consegnato il danaro, sebbene il notaio attesti essere ciò stato fatto alla di lui presenza, ecc. Onde si comprende che i *motivi* della falsità non sono da confondersi colle *prove* della medesima, le quali trovano nei motivi il loro fondamento e al tempo medesimo la determinazione del loro oggetto.

Redatta e firmata la querela, e depositato il documento impugnato, o la sua copia, presso il cancelliere, questi è tenuto a presentare l'atto dentro ventiquattr'ore al presidente, il quale, con decreto in fine del medesimo, delega un giudice per procedere all'istruzione. Copia della querela e del decreto viene fatta notificare all'altra parte a cura del querelante (art. 301).

467. Dopo di che, la parte più diligente chiamerà l'altra innanzi il giudice delegato, per far ordinare anzitutto, ove ne sia d'uopo, che si depositi in giudizio l'originale del documento impugnato. Il deposito e il trasporto si effettueranno colle regole stabilite per le scritture di comparazione (art. 302). È manifesto che tale disposizione si connette strettamente allo scopo del giudizio che può risolversi nella soppressione o modificazione del documento originale, il quale frattanto sta bene sia posto in sicura custodia presso l'autorità giudiziaria. Il deposito, quando abbia luogo, si fa alla presenza del giudice delegato ed in contesto delle parti, col concorso anche del ministero pubblico, erigendos processo verbale all'effetto di accertarne l'identità e lo stato e di descriverlo esattamente. Se quando fu proposta la querela venne già depositato l'originale, o se il deposito ne sia impossibile, la citazione preaccennata innanzi il giudice delegato ha per iscopo di procedere alla identificazione dell'originale stesso, o in sua mancanza della copia depositata dal querelante, mercè il processo verbale preindicato (articoli 303, 304).

468. Nel medesimo processo verbale, il giudice delegato (pronunziando una ordinanza) deve prefiggere (art. 304):

1° il *termine perentorio* in cui il querelante dovrà dedurre mediante comparsa notificata nelle forme ordinarie le *prove* della falsità;

2° il *termine successivo* nel quale (con altra comparsa) l'avversario dovrà rispondere;

3° l'*udienza* nella quale dinanzi al tribunale, colle modalità di una controversia incidentale, le parti discuteranno sull'*ammissione* dei *motivi* e delle *prove* del falso.

Si può dubitare che in questa parte la organizzazione del procedimento non sia molto felice. Sembra infatti che nella specialità di questa materia la delegazione del giudice dovrebbe avere uno scopo assai serio: quello di confidare al senno ed alla avvedutezza d'un magistrato le redini di così importante affare, investendolo di poteri, se non identici, analoghi a quelli di un giudice istruttore penale. Invece è una delegazione non punto dissimile dalle altre della istruttoria civile; e la legge non ebbe nemmeno cura di

garantire che il giudice delegato prenda parte alle deliberazioni collegiali che nel corso del procedimento possono occorrere.

L'assegnazione di un termine *perentorio* al querelante per dedurre le prove, parve necessaria onde assicurare che tutto il giudizio sia dominato costantemente dal pensiero della gravità della questione che vi si dibatte. Il giudice misurerà il termine secondo criteri di prudenza; una volta fissato è però improrogabile e la sua decorrenza fa decadere la querela. Circa il termine per rispondere, il codice francese (art. 230) dichiara questo pure perentorio, nel senso che dopo il suo compimento, possa il querelante chiedere che il documento si abbia per *rigettato* nei rapporti fra le parti. Ma veramente il sistema del codice francese è diverso dal nostro; poichè i due termini sono dati non per dedurre le prove, ma per far conoscere i *motivi* del falso e per rispondervi. Del resto il nostro legislatore non dichiara perentorio questo termine di risposta, nè possiamo noi ritenerlo tale. La *risposta* più che ad altro potrà servire al resistente per proporre quelle prove a difesa del documento che egli reputi opportune. Si intende che per confutare la prova testimoniale offerta dal querelante, l'avversario conserva sempre il diritto di valersi della prova contraria, nelle forme e nei termini ordinari.

469. Il tribunale deve sentenziare sull'ammissibilità dei *motivi* e delle *prove*. Non basta qui il consenso dei litiganti; occorre che l'autorità giudiziaria verifichi essa se vi ha fondamento nella querela e se l'istruttoria è avviata in modo concludente e legale. Al primo scopo volgesi appunto la decisione sui *motivi* del falso, nel senso cioè, che essa deve esaminare se, *supposta la verità di quei motivi*, si dovrebbe dire falso il documento in conformità della querela. Il còmpito del tribunale in questo stadio non si può estendere tuttavia ad esaminare altre questioni; così sarebbe intempestivo discutere se, data la falsità del documento, il diritto di chi lo produsse rimanga intatto ugualmente; era ben libera la parte che avesse ciò creduto di astenersi dallo usare quel documento, prima che fosse iniziato il giudizio di falso. Sarebbe del pari fuor di luogo discutere in questa

sede se il riconoscimento della falsità *parziale* per cui il titolo sia impugnato, potrebbe, verificandosi, condurre o no a doverne sanzionare la nullità o la inefficacia, nel senso che esso potesse, nella eventualità, sorreggersi ugualmente malgrado l'eliminazione delle parti che diconsi false; la discussione sulla sussistenza della falsità non può essere sfuggito sotto il pretesto di considerazioni estranee alla controversia, e che saranno esaminate più opportunamente nella sede del giudizio definitivo. Invero, data anche la bontà di quella tesi, non si può negare l'interesse della parte querelante a fare riconoscere e ricostruire lo stato genuino del documento.

I motivi di una querela possono essere parecchi. A norma delle circostanze ed a scopo di semplificare ed abbreviare possibilmente il giudizio, è data facoltà al tribunale di ammetterne taluni, tenendo sospesa la decisione sugli altri sin dopo la prova degli ammessi. Potrà così rendersi superflua la ulteriore istruttoria. Nel tempo stesso è questa una eccellente precauzione per ottenere talvolta dalle prime indagini il sussidio di una luce opportuna per rendere più sicure le deliberazioni successive (art. 305), compresa quella del rinvio alla giurisdizione penale.

470. La legge non dice quali mezzi di prova possano essere usati; noi dobbiamo osservare soltanto che il giuramento decisorio incontrerebbe ostacolo nell'art. 1364 del codice civile, se si deducessero in esso circostanze rivelatrici di un atto delittuoso del giurante. Del resto il codice non sottopone a discipline speciali che la prova per testimoni e quella per periti.

Dovendosi esaminare testimoni, si seguono le regole ordinarie; ad essi sono presentati i documenti impugnati e le carte di comparazione, in quanto occorra, facendosene menzione nel processo verbale. Se qualche teste, nell'atto di deporre presenta documenti, vengono i medesimi annessi al processo verbale, per rimanere a disposizione dell'autorità giudiziaria sino a giudizio compiuto; la loro restituzione, finita la procedura, è ordinata dal presidente sopra domanda dell'interessato; il cancelliere però ne estrae prima una copia e la conserva negli atti (art. 306).

La prova peritale è eseguita nelle forme stesse indicate per la verificazione delle scritture, comunicandosi ai periti insieme al documento impugnato e agli altri atti necessari, anche le carte che fossero state presentate dai testimoni (art. 307).

471. Esaurite le prove, si discute innanzi al collegio sopra i loro risultati; l'art. 318 dichiara che nella discussione sarà sempre sentito il ministero pubblico, ma questo precetto è da ritenere abrogato (forse per svista o dimenticanza) in virtù della legge 28 novembre 1875.

Le disposizioni che deve contenere *la sentenza definitiva* sul falso (articolo 309), nel caso che ne dichiari raggiunta la prova, furono già indicate (n. 460). L'articolo 309 soggiunge però che *l'esecuzione* della sentenza deve rimanere sospesa finchè sia scaduto il termine per l'appello, per la rivocazione o per il ricorso in cassazione, o finchè la parte soccombente abbia espressamente accettata la sentenza. È chiara la convenienza di attendere che si renda irrevocabile la decisione. A noi pare anzi che in questa materia, così attinente all'interesse pubblico, sarebbe stato ragionevole di escludere l'efficacia della semplice acquiescenza.

Colla sentenza che decide sul falso si provvede per la restituzione a chi v'ha diritto delle carte di comparazione ed anche del documento impugnato, quando ne sia stata esclusa la falsità (art. 310); il che pure deve essere eseguito solo dopo divenuta irrevocabile la decisione (art. 311). In quanto al documento che sia dichiarato falso, l'esecuzione dei provvedimenti ordinati nella sentenza definitiva sarà fatta nel modo che essa avrà indicato; è da ritenere come norma ad ogni modo, ed anche pel caso di silenzio della sentenza, la disposizione dell'art. 705 del codice di procedura penale. Si farà quindi un processo verbale, coll'intervento del giudice delegato. Se il documento debba essere soppresso, lo si distruggerà, dando conto nel processo verbale del modo in cui si sia proceduto; se debba essere in tutto od in parte cancellato, saranno sul documento eseguite le cancellazioni, menzionandole nel verbale, e così via. La legge non dice neppure quale sia la sorte del documento riconosciuto falso, dopo la esecuzione della sentenza. Se ne ha luogo la soppressione, non v'è altro da cercare; se no, crediamo, in

relazione al citato testo del codice di rito penale, di dover distinguere: trattandosi di documento esistente già prima in un pubblico deposito, lo si ricollocherà nella sua sede, nel nuovo stato in cui si trova ridotto, unendovi il processo verbale d'esecuzione della sentenza; trattandosi di altro documento dovrà serbarlo in custodia il cancelliere, unendolo pur sempre al detto processo verbale.

472. Per circondare il giudizio di falso di guarentigie migliori, è fatto divieto ai cancellieri di rilasciare copia dei documenti impugnati a chicchessia, senza un decreto del presidente. La contravvenzione a questo divieto, come pure la esecuzione data prima dei termini fissati alle disposizioni degli art. 309, 310 e 311 sono punite colla sospensione del cancelliere per un tempo non minore di un mese nè maggiore d'un anno e con multa estendibile a lire trecento, oltre i danni verso le parti e le maggiori conseguenze penali che potessero essere del caso (art. 312, 313).

473. Come pel procedimento di verificazione di scritture, anche per questo stabilisce la legge una pena contro il querelante che soccombe. Egli non solo deve risarcire all'altra parte i danni (e le spese), ma è condannato ad una multa di lire cinquecento, dalla quale però lo salva la dichiarazione, anche parziale, di falsità che gli riuscisse di conseguire (art. 314). Ripetiamo doversi in generale disapprovare la multa; tanto più per non essere escluso in via assoluta, dalla soccombenza del querelante, che il documento sia falso, e possa venir riconosciuto per tale in appresso, mercè più accurata istruttoria di altra querela.

L'applicazione delle pene, in questo e nei casi indicati al numero precedente, deve essere promossa dal pubblico ministero (art. 315).

474. La questione di falso, come *controversia civile*, può dar luogo a *transazione* fra le parti. Ma poichè la falsità dell'atto pregiudica l'interesse pubblico e può essere oggetto di un giudizio penale, così il legislatore volle evitare il pericolo che una transazione faccia scomparire le tracce e le prove del reato che l'autorità avrebbe il dovere di accertare e punire. Quindi prescrisse nell'art. 316 che le transazioni nei giudizi di falso in via civile non possano

eseguirsi se non siano *omologate* in giudizio, sentito il pubblico ministero. Trattandosi di un procedimento speciale che segue le forme della *giurisdizione volontaria*, questa ingerenza del pubblico ministero non si può ritenere eliminata dalla legge del 28 novembre 1875.

§ 3. — Rendimento di conti.

475. Abbiamo conservato la denominazione usata dalla legge, ma precisamente, ciò di cui dobbiamo qui brevemente parlare, più che il modo in cui si rende un conto, è quello nel quale lo si discute. Il rendimento e l'approvazione di un conto può essere oggetto principale di un giudizio, od il seguito di un giudizio già compiuto, vale a dire l'esecuzione o parte dell'esecuzione d'una sentenza. Ma spesso la discussione d'un conto appartiene al periodo istruttorio di una lite, nella quale il conto approvato funzionerà poi come elemento di prova. Anche in questa ipotesi la resa del conto può aver causa da una sentenza interlocutoria che lo abbia ordinato risolvendo una preliminare controversia tra le parti.

Le disposizioni che andiamo ad analizzare comprendono tutti i casi; e senza dubbio, insieme agli altri, quello in cui, pur non essendo preceduta controversia, la persona che tenne un'amministrazione od una contabilità di qualunque genere, voglia, a proprio discarico, ottenere l'approvazione del conto relativo, nelle vie giudiziali. Esse sono applicabili inoltre, per dichiarazione dell'art. 328, anche alle liquidazioni di frutti che occorresse di eseguire in forma giudiziale.

476. È naturale che chi rende il conto sia tenuto ad unirvi i documenti giustificativi (art. 319). Siccome però non sempre è possibile, specialmente in un'amministrazione lunga e complessa, come sarebbe quella di un tutore, ecc., avere documenti giustificativi di ogni spesa, il rigore del principio generale è temperato dall'articolo 324, colla facoltà che esso lascia ai giudici di ammettere come giustificate le partite per le quali *non si può o non si suole* riportare ricevuta, quando siano *verosimili e ragionevoli*. A maggior cautela, se lo reputa necessario, il magistrato può d'uffizio imporre a chi rende il conto di asseverare la verità delle partite non documentate mediante giuramento. Codesta prova potrà

essere utile quando si tratti di giustificare spese il cui complesso riesca di un certo rilievo; ad ogni modo di essa dispone il magistrato con discrezione sovrana.

477. Circa la forma di compilazione del conto, salve le particolari esigenze di ogni singolo caso, la legge dà alcune regole direttive, le quali dovranno essere osservate sempre, almeno nelle parti di cui è possibile l'osservanza. Esse non mirano che ad assicurare la maggiore chiarezza del conto ed a facilitarne la discussione. È prescritto (art. 320) che il conto contenga in tante distinte parti: 1° lo stato delle cose di cui vi è obbligo di dar conto; 2° le partite dell'esatto; 3° quello dello speso; 4° i residui da esigersi e gli oggetti da ricuperarsi; 5° un riepilogo finale. Per le spese di compilazione e rendimento del conto, può essere accordata a chi lo presenta una indennità (art. 325).

Il conto, coi documenti giustificativi (ai quali nelle singole partite si dovrà fare opportuno richiamo), viene depositato in cancelleria; del deposito si darà comunicazione alla controparte, mediante comparsa, se vi è lite pendente, o con semplice atto d'usciere negli altri casi. Quando dalle cifre esposte risulti che l'*esatto* eccede lo *speso*, la parte a cui è reso il conto, senza perdere il diritto di discuterlo, può senz'altro far citare il presentatore del conto davanti il presidente del tribunale, o della sezione, per ottenere ingiunzione di pagamento dell'eccedenza. L'ordinanza ha effetto di sentenza spedita in forma esecutiva, e non si ammette reclamo contro di essa (art. 321). Il che tutto è perfettamente ragionevole; risulta dal conto la confessione del debito da parte di colui che lo presenta: egli dunque paghi ciò di cui si confessa debitore; non per questo il conto si può intendere approvato (art. citato).

478. Siavi o non siavi stato questo provvedimento preliminare, la parte che vuole impugnare il conto proporrà con comparsa o con atto di usciere le sue osservazioni, specificando le partite controverse, e citerà l'altra a comparire innanzi al presidente per la delegazione di un giudice (art. 322) innanzi al quale avverrà poi la discussione. Il giudice delegato fa erigere processo verbale di tutte le osservazioni e interpone i suoi autorevoli uffizi perchè

seguano fra le parti gli schiarimenti e le rettificazioni che possono essere opportuni. Se gli riesce di porle d'accordo, approva il conto nelle risultanze che emergono dalla discussione ed ordina a chi di ragione il pagamento delle somme e la consegna degli oggetti di cui sia caso. La sua ordinanza essendo suggello di una convenzione delle parti è pur essa irreclamabile ed immediatamente esecutiva (art. 323).

Se l'accordo non riesca, il giudice rimette le parti alla udienza del tribunale con le solite forme dei procedimenti incidentali, e le controversie sono decise con sentenza (art. citato).

La legge non spiega (art. 326, capoverso) come si provvederà chi ha presentato il conto, nel caso che l'avversario si mantenga in silenzio, e nemmeno assegna un termine dalla presentazione del conto per elevare le contestazioni intorno ad esso. È una grave lacuna. Giova ritenere per altro che chi rende il conto, trascorsi quindici giorni dalla notificazione del deposito in cancelleria (termine ordinario per rispondere secondo le regole del procedimento formale, a cui il codice si riferisce in questa parte), potrà citare l'avversario innanzi il presidente, perchè quivi si dichiari; nel qual caso, o il conto sarà consensualmente approvato, ed il presidente stesso emetterà ordinanza di approvazione; o sarà espressamente contestato, ed egli procederà alla nomina del giudice delegato per fare luogo agli altri incumbenti suindicati. Se poi l'avversario non comparisce, la decisione sarà rimessa al tribunale, che in ogni caso può trovare legittimo non approvare il conto, o introdurvi convenienti rettificazioni.

479. Se il conto si debba rendere in esecuzione di sentenza od ordinanza che abbia assegnato un termine per presentarlo, il codice, affinchè l'obbligato non manchi di osservarlo, autorizza il magistrato, una volta trascorso il termine, ad ammettere chi ha chiesto il rendiconto a determinare la somma dovutagli. Questa determinazione potrà essere fatta col mezzo di tutte le prove che siano a disposizione della parte istante, ed anco, in difetto di altre, per mezzo di giuramento estimatorio da deferirsi a mente dello art. 1377 del cod. civile (art. 326). Il termine assegnato non è però da ritenere improrogabile; e concorrendo giusti motivi,

sarà lecito a chi deve rendere il conto di ottenere congrue dilazioni.

480. Una volta compiuta la discussione e approvato consensualmente o giudizialmente il conto, non può per verun pretesto rinnovarsi il procedimento, ossia chiedersi la *revisione* del conto; si applica anche qui la regola: *non bis in idem*. Ma se dopo l'approvazione vengono in luce errori, omissioni, falsità o duplicazioni di partite, potrà l'interessato proporre in giudizio *distintamente*, ossia in modo specifico, quelle domande che a norma di diritto sono conseguenti alla rettificazione del punto viziato. Tali domande non sarebbero proponibili quando si trattasse di questioni già esaminate prima dell'approvazione del conto (art. 327).

TITOLO III.

PROCEDIMENTO DAVANTI I TRIBUNALI NELLE CAUSE COMMERCIALI

481. La distinzione tra il rito formale ed il sommario, era comune, secondo l'articolo 155 del codice di procedura, alle cause da trattarsi innanzi ai tribunali civili ed a quelli di commercio (designandosi con tal nome anche i tribunali civili che facevano le veci di commerciali) ed era disciplinata dalle medesime regole; infatti, mentre con una serie di disposizioni (articoli 393 a 410) si regolava il procedimento formale davanti i tribunali di commercio, era poi stabilito (art. 411) che presso di essi il procedimento sommario si osservasse nei casi indicati dall'articolo 389 (vedi n. 273); e seguivano (art. 412 e 414) brevi discipline speciali a riguardo del medesimo.

Il codice di commercio del 1882 non poteva a meno di tenere in considerazione il grave e generale lamento sovra questa parte della nostra legislazione processuale; e reputando da un lato di uniformarla meglio alle esigenze delle controversie mercantili, dall'altro mirando forse a segnare il primo passo positivo verso una riforma completa, dispose nell'art. 876: « In tutte le cause commerciali il termine per comparire è regolato dalle disposizioni dell'articolo 147 del codice di procedura (v. n. 262) e può essere abbreviato giusta il successivo articolo 154 (v. n. 267). — Nelle cause stesse si osserva il procedimento sommario anche davanti ai tribunali, salva la facoltà concessa dall'articolo 413 del codice stesso » (che dava facoltà al tribunale di ordinare il proseguimento della causa in via formale).

482. Sopraggiunta nel 1888 l'abolizione dei tribunali di commercio, rimasero in vigore le menzionate disposizioni

procedurali del codice di commercio, per essere applicate nelle cause commerciali dinanzi ai tribunali civili.

Oggidì anche tali differenze del procedimento nelle cause commerciali da quello delle civili sono scomparse, per effetto della legge 31 marzo 1901 che accomunò alle une e alle altre il rito da essa organizzato. Non rimane che la diversa misura dei termini di comparizione, in conseguenza della rammentata disposizione dell'articolo 876 del codice di commercio, oltre ad alcune minori differenze che verremo appresso notando.

483. La citazione deve contenere la elezione o dichiarazione di domicilio dell'attore nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria adìta, come dispone l'art. 393, applicabile per questa parte anche alla citazione in via sommaria (v. n. 235). Il convenuto, comparendo alla udienza, deve fare analoga elezione o dichiarazione di domicilio (art. 394 e 412). Le parti non hanno bisogno del ministero di procuratore; ma, se lo costituiscono, sono tenute a munirlo di mandato, il quale, a deroga dell'articolo 48, può essere steso in forma privata, in fine dell'atto di citazione (dell'originale per l'attore, e della copia notificata pel convenuto); il cancelliere prende nota dei mandati nel foglio d'udienza (art. 395 e 412). La causa si discute, se in via sommaria, nelle medesime forme delle cause civili; se è rimessa alla via formale, vi ha differenza nei termini; poichè l'intervallo per lo scambio delle comparse è di giorni *cinque* solamente, ed ugualmente ridotti sono i termini per la comparsa successiva alla iscrizione a ruolo e per la risposta dell'iscrivente non che per la notificazione delle comparse conclusionali; fra l'estrazione dal ruolo e l'udienza di discussione basta che intercedano tre giorni; il termine per la restituzione dei documenti, nel caso di comunicazione a più di due parti o procuratori, è di dieci giorni (art. 398); infine il termine minimo per la comparizione avanti il presidente o il giudice delegato, quando si promuova un incidente, è di un giorno (articolo 399). Per l'art. 400 del codice, non apparirebbe ammessa nelle materie commerciali la nomina del giudice relatore; ma le disposizioni della legge 31 marzo 1901 (articoli 5 e 9) su questo argomento, si applicano senza dubbio anche alle dette materie.

484. Più notevoli sono le differenze relative all'istruttoria. Le prove ammissibili nelle cause civili lo sono nelle commerciali, con la estensione maggiore stabilita dal codice di commercio. Oltre a ciò, l'art. 401 aggiunge all'interrogatorio la *comparizione personale delle parti,* all'udienza, od in camera di consiglio, od al cospetto di un giudice delegato, che può essere ordinata anche d'uffizio, e che non richiede una preventiva determinazione specifica delle circostanze o dei punti su cui le parti dovranno essere interpellate. Ottimo provvedimento, che potrebbe essere germe di un istituto processuale assai più importante (v. n. 389).

In quanto alla prova testimoniale, non sono imposte in materia commerciale le restrizioni stabilite per le cause civili dall'articolo 1341 del codice civile; ma il magistrato *può* sempre ammetterle; vale a dire che l'esame delle circostanze che rendono, non *legale*, ma *opportuna,* l'ammissione della prova, è affidato alla di lui prudenza in modo discrezionale.

È poi aggiunta una procedura istruttoria speciale che può sostituire in certi casi il rendimento di conti e insieme la perizia. Vogliamo accennare alla disposizione dell'art. 402 secondo la quale, quando si tratti di esaminare conti, scritture e registri (il che più spesso nelle cause commerciali si verifica), si procede alla nomina di uno o tre arbitri conciliatori, con incarico di sentire le parti, tentare di conciliarle, e se ciò non riesca, dare al tribunale il loro parere. La utilità di questo istituto non ha bisogno di essere dimostrata. Si avverta però che il nome di *arbitri* è poco appropriato, non appartenendo a questa specie di periti veruna funzione giurisdizionale. Quando non ottengano la conciliazione delle parti, devono presentare al tribunale una relazione contenente il loro parere, coi motivi che lo determinano e con tutte le informazioni necessarie; essa viene depositata nelle forme prescritte per le perizie ordinarie (art. 404). La nomina degli arbitri conciliatori è fatta per accordo delle parti, ovvero d'uffizio (art. 38, ult. capoverso del r. d. 31 agosto 1901); è ammessa la loro ricusazione per i motivi stessi per cui si fa luogo a quella dei periti (articolo 403). La legge non li sottopone alla formalità del

giuramento. A codesto mezzo di istruttoria si può far luogo sia per proposta di parte, nelle forme incidentali ordinarie, sia per provvedimento d'uffizio del tribunale (1).

485. Un altro mezzo di prova, proprio in particolare delle cause commerciali, è fornito dai libri di commercio. Il codice di commercio dispone nell'art. 27 che la *comunicazione* dei libri, degli inventari, ecc., non può essere ordinata in giudizio che per affari di successioni, di società, di fallimenti o comunione di beni, quando insomma vi sia positiva ragione la quale faccia tacere il normale diritto di ogni cittadino che altri non prenda conoscenza intima della generalità dei suoi affari od interessi. Ma è concesso dall'art. 28, che nel corso di una controversia, ancorchè non relativa agli oggetti indicati, possa ordinarsi, ad istanza di parte, o d'uffizio, la *esibizione* dei libri per estrarne *soltanto ciò che riguarda la controversia.*

Per la *comunicazione*, l'art. 43 del r. d. 31 agosto 1901 prescrive che essa sia fatta mediante deposito in cancelleria entro il termine stabilito dal presidente, il quale può delegare un giudice perchè intervenga all'esame dei libri e ne rediga processo verbale con l'assistenza del cancelliere. Se è *concordato* altro modo di comunicazione (p. es. stragiudiziale), ne è fatta menzione nel foglio di udienza.

Quando poi si tratti di *esibizione*, l'ordinanza che la ammette destina il luogo, il giorno e l'ora per eseguirla, e il giudice che dovrà procedere con l'assistenza del cancelliere a estrarne ciò che riguarda la controversia.

Tali norme sostituiscono, con effetto più pratico, quelle dell'art. 405 del codice, più adatte ad applicarsi presso gli aboliti tribunali di commercio.

486. È superfluo dire, dopo le considerazioni largamente svolte altrove (v. n. 153 e seg.), che la disposizione dell'art. 406 del codice di procedura, la quale regolava la ipotesi dell'incidente di falso proposto innanzi a un tribunale di commercio, non ha più ragione di applicabilità.

---

(1) Non è da escludere in modo assoluto la nomina di arbitri conciliatori in liti civili *davanti ai tribunali* (v. n. 552); ma è da ritenere che non possa aver luogo in esse se non consenzienti tutte le parti.

L'incidente di falso, in una lite commerciale, deve essere proposto e svolto come in una causa civile, senza differenza di sorta. Tenuto presente il concetto che questo incidente costituisce una procedura autonoma e che la sentenza su di esso pronunziata produce i proprii effetti come quella proferita sulla querela civile di falso proposta in via principale, se ne deve concludere che l'incidente stesso, anche quando sorge nel corso di una lite in materia commerciale, va trattato col rito ordinario; si osservano perciò in esso i termini consueti, e la sentenza è appellabile nel termine assegnato per quelle proferite in materia civile.

TITOLO IV.

FORMAZIONE E NOTIFICAZIONE DELLE SENTENZE DEI TRIBUNALI

487. Qualunque sia stata la materia della causa o la forma dell'istruzione, le sentenze dei tribunali sono deliberate e pronunziate in modi identici.

Il disciplinar bene questo argomento è uno dei problemi più delicati; son poche invero le difficoltà per regolare la formazione della sentenza del giudice singolo; ma quando si tratta, come pei tribunali e le corti, di deliberazione collegiale, importa che il legislatore abbia sempre presente un supremo intento, quello di garantire la vera collegialità del giudizio. Poichè per altro la sentenza deve necessariamente essere formata nel segreto, non sono possibili guarentigie positive; la legge è costretta a rimettersene in gran parte alla onestà della magistratura ed a procurare che le discipline dettate nel codice non siano pretesto od incentivo ai giudici per un meno fedele adempimento del loro più sacro dovere.

Coll'imporre ai giudici di deliberare dopo la discussione della causa, ha inteso il legislatore di metterli in condizione d'esprimere il proprio giudizio nel momento in cui più fresca hanno la conoscenza e la memoria dell'oggetto a cui questo si riferisce. Ma altrove fu notato il pericolo che può nascere dall'influenza della discussione orale sull'animo del giudice; e le pronunzie più pronte non sono poi in generale le più mature. Al che s'aggiunga essere costretti i giudici in ciascheduna udienza ad assistere a parecchie (talora troppe) discussioni di liti fra loro diversissime; sicchè allorquando se ne ritirano male saprebbero, senza pericolo per la giustizia stessa, accingersi a deliberare coscienziosamente sovra tutte.

Nè è possibile che dopo ogni singola discussione l'udienza s'interrompa per far seguire la deliberazione. Tutte queste obbiezioni fanno riconoscere che il principio della *deliberazione immediata*, se è astrattamente buono, riescirebbe in pratica il peggiore di tutti, se ne togli l'ipotesi di domande concordate o di questioni semplicissime, di procedimenti contumaciali, e simili. Infatti il nostro codice, mentre lo proclama, fa seguirvi tosto la dichiarazione che i giudici possono differire la pronunzia della sentenza ad una delle prossime udienze (art. 356). È solo a questo patto possibile che i giudici meditando sugli scritti possano formarsi una convinzione seria e sicura.

488. La legge non dice come si possa assicurare l'esame degli atti da parte di tutti i membri del collegio; pur troppo non siamo autorizzati a dire che sempre in pratica abbia luogo; in generale il giudice che dovrà compilare la sentenza viene destinato prima della deliberazione, od è quello che già fu delegato come relatore; egli studia la causa sugli atti scritti, e ne riferisce ai colleghi. La discussione e il voto si fondano d'ordinario sulla sua relazione; da qui un grave pericolo per la collegialità, che è salvaguardata solo quando il collegio sia composto di giureconsulti dotti e coscienziosi, capaci di afferrare subito una questione e discuterla a fondo; il che ognuno intende come debba essere raro oltre ogni misura. S'intende che non vogliamo nemmeno accennare, in onore dei nostri magistrati, al pericolo che l'incaricato di riferire alteri per malizia o frode l'indicazione dei fatti e delle prove ch'egli solo fu in grado di conoscere esattamente.

A codesto sistema usuale non manca però qualche lodevole eccezione; molto dipende dal senno del presidente; inoltre, se nell'animo di qualche membro del collegio nascono dubbi sull'intelligenza del fatto o sulle risoluzioni in linea di diritto, egli chiederà tempo per poter a sua volta consultare gli atti e far quelle osservazioni e proposte che creda utili. Infine, di questo argomento è proprio il caso di dire: dati magistrati ottimi qualunque cattivo sistema fa buona prova, dati magistrati corrotti od ignoranti (e l'ignoranza, pur troppo più frequente della corruttibilità, è di questa anche

peggiore, in quanto trascina inconsapevolmente ai medesimi risultati), l'ottimo dei sistemi si volge a strazio della giustizia.

489. Intanto, ecco le regole specifiche che si leggono nel codice. Alla deliberazione della sentenza non possono concorrere se non i giudici che hanno assistito alla discussione della causa. Ma poichè può aver seduto all'udienza un numero di magistrati maggiore di quello che occorre per la composizione del collegio ai sensi della legge sull'ordinamento giudiziario, è prescritto che il numero dei votanti sia soltanto quello legale (art. 357); e ciò a ragione, imperocchè l'autorità della sentenza derivi dal consenso della maggioranza legale la quale è determinata appunto in relazione al detto numero, e i litiganti non debbano temere che la maggioranza sia formata artifiziosamente, coll'aumentare o diminuire i voti nel collegio. Provvedendo al caso in cui taluno dei giudici presenti alla discussione debba essere per tal motivo escluso dalla votazione, il regolamento giudiziario (art. 264) stabilisce che *devono astenersi* i meno anziani; se però uno degli escludendi fosse stato relatore della causa, egli entra nel collegio deliberante, astenendosi il meno anziano fra quelli che l'avrebbero dovuto comporre. L'inosservanza di questa regola sarebbe cagione di nullità della decisione, poichè il giudice meno anziano, che non sia relatore, si trova, per forza della astensione impostagli dalla legge, *privo di giurisdizione* nella causa, e conseguentemente manca la legale costituzione del collegio, che è estremo essenziale alla validità della pronunzia (v. art. 361, n. 1). Quantunque le corti di cassazione non siano concordi in tale massima, crediamo indispensabile propugnarne la più severa osservanza; altrimenti si lascerebbe alla balìa dei capi di collegio la pericolosa facoltà di determinare le maggioranze, facendo intervenire all'udienza un numero di giudici superiore al legale e scegliendo poi a proprio talento quelli che devono votare nelle singole cause. Il che oltre a tutto priverebbe le parti della garanzia del diritto di ricusazione, che non può essere esercitato contro quei magistrati che già sono obbligati *ad astenersi*, i quali pertanto non hanno facoltà di revocare ad arbitrio, e ad insaputa delle parti, tale astensione.

490. I giudici che devono votare si raccolgono in segreto (in camera di consiglio) senza intervento del cancelliere o d'altri; il presidente formula le questioni di propria iniziativa o su proposta dei giudici (art. 262 regol. giudiz.); ogni giudice nell'esprimere il suo voto ha diritto di svilupparne i motivi, e spetta al presidente di regolare le discussioni che per tal guisa insorgano (art. 263 regolam. citato). Affinchè il voto di un magistrato non si possa sospettare influenzato palesemente da quello manifestato in precedenza da un collega più autorevole, si vuole che il primo a votare sia il *meno anziano* in ordine di nomina, e così si proceda in ragione inversa d'anzianità sino al presidente che è sempre l'ultimo. Però se la relazione all'udienza fu fatta da un giudice egli è il primo a votare, il che quasi dovrebbesi dire dal legislatore imprudentemente prescritto per dare preponderanza al suo voto, cosa che già dicemmo pericolosa e biasimevole (articolo 358).

491. Espressi tutti i voti, si stabilisce quale deliberazione abbia raccolto il parere della maggioranza. Ma è un grave imbarazzo quello che si presenta nel caso in cui siano manifestate più di due opinioni e nessuna ottenga quindi la maggioranza. Al sistema francese di aggregare altri votanti al collegio *pour vider le partage*, il nostro codice ne sostituisce uno più ingegnoso e più razionale, perchè rispetta la giurisdizione competente ai soli giudici del collegio, innanzi a cui la causa fu discussa. Esso determina che nell'indicato caso, due delle opinioni, qualunque siano, vengono poste ai voti *per escluderne una;* la non esclusa è messa ai voti insieme alla terza, e similmente una di esse verrà eliminata; quella che rimane ha in certo modo, almeno negativamente, ottenuto il suffragio della maggioranza e costituisce senza altro la deliberazione (art. 359). Uguale metodo si segue presso le corti, dove, essendo più di tre i votanti, le votazioni per eliminazione si seguiranno nel numero che occorre per ridurre ad una le opinioni.

Fissata la deliberazione, un giudice fra i membri della maggioranza, è incaricato di redigere la sentenza, e cioè di dare alla decisione la veste dei motivi di fatto e di diritto che le si addicono (art. citato).

492. La sentenza deve contenere (art. 360): 1° il nome ed il cognome delle parti; 2° l'indicazione del loro domicilio o della loro residenza o dimora; 3° il nome e cognome dei procuratori; 4° il testo delle *conclusioni* delle parti, esclusi il fatto ed i motivi; 5° l'enunciazione che il pubblico ministero sia stato sentito, quando ciò ebbe luogo; 6° i motivi in *fatto* e in *diritto;* 7° il dispositivo; 8° l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata; 9° la sottoscrizione di tutti i giudici che l'hanno pronunziata e del cancelliere.

A chiarire come si proceda nel compilare la sentenza, necessita avvertire che il *dispositivo* è il testo della deliberazione votata dal collegio, ed i *motivi di fatto* e di *diritto* sono l'opera del giudice *estensore.* La legge (art. 265 reg. giud.) raccomanda agli estensori delle sentenze la *concisione* e la omissione d'ogni pompa dottrinaria; la *concisione* è trascurata troppo spesso dai magistrati e non sempre questo difetto è compensato da altri pregi. Non si deve confondere la concisione coll'oscurità; il regolamento nell'articolo citato suggerisce bensì di non estendersi a confutare *tutti gli argomenti* addotti dai patrocinatori contro l'opinione accolta dal magistrato; ma è necessario che la motivazione della sentenza tenga conto specifico di tutte le *istanze* e di tutte le *eccezioni* che sono state dedotte, e mostri di averle esaminate e valutate. È naturale che una considerazione sola potrà bastare molte volte a confutazione od a risposta implicita a più eccezioni od istanze; è naturale che l'accoglimento di una pregiudiziale rende inutile la disamina delle questioni di merito; è dunque da intendersi che la motivazione della sentenza deve essere tale da presentare un nesso logico e necessario fra le domande delle parti e la decisione del tribunale; e che questo nesso deve essere completo, nel senso cioè che nessuna delle domande od eccezioni, nessuna (a dir meglio) delle *questioni* sottoposte al giudizio del magistrato risulti *dimenticata* o negletta. Ciò solo costituirebbe diniego di giustizia e vizio di sostanza; l'abbondanza dei motivi o la loro scarsità, l'esattezza o l'inesattezza, non possono da questo punto di vista nuocere alla validità della sentenza. Pertanto, la questione se una sentenza abbia o

no soddisfatto l'obbligo della motivazione è sempre *relativa* e dipende dalla disamina del caso concreto il risolverla giustamente. Molto spesso nelle sentenze, dopo la motivazione e prima del dispositivo, si legge la formola: *reietta ogni altra istanza od eccezione.* Questa non sarebbe sufficiente per dire motivata la sentenza rispetto ad una questione o conclusione su cui non risulta deciso, e della quale non sia assorbita ed implicita la risoluzione nel tenore del dispositivo; ma è sufficiente per esprimere il rigetto di tutti i contrari argomenti non partitamente confutati, e di tutte quelle istanze od eccezioni per cui la ragione di rigetto è implicita nell'indole e nel senso della presa deliberazione. Il legislatore non poteva precisare (e lo si capisce) quando una motivazione sia da considerare sufficiente; egli però ha stabilito che i motivi si reputano omessi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un'altra sentenza, giacchè ciò fa dubitare che il magistrato non abbia curato di maturare una sua propria convinzione dietro personale esame della lite (art. 361).

493. Redatti i motivi di seguito al dispositivo, il giudice estensore li presenta alla revisione del presidente, il quale avrebbe facoltà di farne attento esame, e al bisogno richiamare il collegio a ponderare sulla esattezza della decisione data, poichè non di rado l'esposizione scritta dei motivi mette in luce nuova, e non sempre favorevole, le questioni decise. Pur troppo è necessario confessare che la maggior parte delle volte i presidenti o non leggono, o non esaminano, ma si limitano a *sottoscrivere* la minuta preparata dall'estensore e la passano al cancelliere, il quale la trascrive nelle forme legali, sopra carta bollata se fa bisogno, curando di adempiere tutte le prescrizioni dell'articolo 360 indicate nel precedente numero. Indi riveduta dal presidente (quando è diligente), essa viene firmata da tutto il collegio e dal cancelliere, e si forma così il vero *originale* della sentenza (articolo 266 regolamento giudiziario).

Oltre le menzioni già dette, la sentenza conterrà anche l'indicazione di essere proferita in causa commerciale quando tale sia la qualità della controversia; ed è ancora al cancelliere che la legge affida la cura di questa menzione, la cui

omissione può esporlo a pene disciplinari, sebbene non sia titolo di nullità della sentenza (art. 157).

Ma non è da pensare, come effetto delle citate disposizioni, che la legge abbia elevato il cancelliere al grado di *collaboratore dei giudici* nella formazione della sentenza. A meno di credere l'assurdo, non può alcuno supporre che il presidente ed i giudici debbano firmare ad occhi chiusi la sentenza originale predisposta dal cancelliere. Anzi pel presidente il rivederla è un obbligo categorico (cit. art. 266 del regol.); pei giudici è un diritto; nello stesso tempo è dovere di quello e di questi rettificare gli errori o le inesattezze del cancelliere prima di firmarla. Come potrebbe d'altronde, per tacere di altro, conoscere il cancelliere se sia il caso qualificare la causa per commerciale, se dal tribunale non glie ne viene data espressa indicazione? E così, per questo come per ogni altro punto tengasi come certo che il cancelliere è materiale ministro dell'autorità giudiziaria, ma che tutte le parti della sentenza si intendono approvate dai giudici, ed emananti in linea retta dal tribunale. Diremo di più: è perfino una mostruosità l'accenno a pene disciplinari contro il cancelliere, fatto nell'art. 157 e ripetuto nell'art. 436, a proposito delle sentenze di pretura, per punirlo di omissioni che, *in tutti i casi,* più che sue sono del magistrato.

494. Le formalità prescritte nell'articolo 360 hanno per iscopo, in parte di identificare la sentenza, ossia mettere fuori di dubbio quale sia la lite con essa decisa, in parte di comprovare l'esame della causa fatto dai magistrati, in parte di far conoscere la deliberazione votata dal tribunale. L'articolo 361 stabilisce quali sono i casi di nullità della sentenza. E pone avanti tutti la violazione dell'articolo 357 (n. 489), del che non ci è d'uopo dire le ragioni. In secondo luogo registra le omissioni di alcuno dei requisiti indicati nell'art. 360 ai numeri 4, 6, 7, 8 e 9 (v. n. 492), che sono infatti i più importanti e veramente essenziali. Notisi però che la legge parla di *omissioni;* il che esprime il concetto di *mancanza assoluta;* nei singoli casi potrà dunque occorrere un giudizio di apprezzamento, per vedere se un requisito manchi o sia espresso con equipollenti ed in modo più o meno sufficiente, ecc. Inoltre la legge, in base a conside-

razioni molto razionali, tempera il rigore delle sanzioni di nullità, mercè la disposizione dell'articolo 473 (v. vol. II, n. 645).

Un elemento che non può essere sostituito da equipollenti è quello indicato al n. 9 dell'art. 360, vogliamo dire la sottoscrizione di tutti i giudici che pronunziarono la sentenza. Questa sottoscrizione è l'atto pubblico e solenne con cui si afferma la deliberazione del tribunale; se la legge ordinasse di tenere un processo verbale della votazione in camera di consiglio, potrebbesi usare meno inflessibilità; ma in mancanza di ciò affermiamo che il difetto di una firma, sia pure per morte del giudice, è sempre titolo di nullità. Ne consegue che, nel caso di morte di un giudice, avvenuta prima che egli possa sottoscrivere la sentenza già deliberata col suo concorso, dovrà essere destinata dal presidente una nuova udienza per la discussione della causa dinanzi a un collegio reintegrato nella sua legale composizione.

Giusta il n. 3 dell'articolo 361, quando sia violato il n. 5 dell'art. 360, o meglio quando non sia sentito il pubblico ministero nei casi previsti dalla legge, la sentenza è pure nulla. Ormai codesta regola è ridotta a minima importanza.

495. La nullità di una sentenza non può mai essere dichiarata dal giudice medesimo che la pronunziò, eccettuata l'ipotesi che si faccia luogo a rinnovazione del giudizio, dietro opposizione della parte che era rimasta contumace. Se la nullità riguarda una sentenza appellabile, è il giudice d'appello che ha competenza esclusiva per pronunziarla; nel qual caso egli, surrogando l'autorità sua a quella del magistrato inferiore, sostituisce alla sentenza nulla una decisione regolare, che sarà nel merito conforme a quella annullata, o da essa difforme secondo si riconosca di giustizia. In questo senso dicesi esattamente che i mezzi di nullità di una sentenza di primo grado si risolvono in motivi di gravame, ossia di appello contro la stessa. Se poi la sentenza è proferita in grado d'appello, i titoli di nullità costituiscono mezzi di cassazione, come a suo luogo vedremo.

496. La sentenza pronunzia, sulle conclusioni delle parti, il giudizio determinato dal raziocinio e dalla coscienza del magistrato. Nei rapporti tra le parti, ed in una signifi-

cazione molto ampia, si potrebbe dire che ciascuna sentenza è di condanna, ossia di *accoglimento delle domande* dell'attore, ovvero di *assoluzione dalle domande,* cioè di accoglimento delle eccezioni o difese del convenuto. Il che vale naturalmente per qualunque specie di sentenze, definitive od interlocutorie. È necessario però che ci soffermiamo un istante a dire delle sentenze definitive. Secondo il sistema del nostro codice civile (art. 1312), le domande che non si presentano in giudizio munite di prova (e tali sono pur quelle di cui si fornisca una prova non ammessa dalla legge) devono venire *respinte.* Dubitano alcuni che il magistrato abbia facoltà, in luogo della *assoluzione*, di pronunziare, quando gli sembri equo, l'ordine di *riapertura del contraddittorio* o quello di *istruire più ampiamente la causa*, additando anche, nelle considerazioni della sentenza, quali siano specialmente i punti che desidera veder rischiarati dalle prove. Noi non vogliamo discutere se in qualche caso *le parti possano domandare* una simile pronunzia ed il giudice farvi ragione; quel che preme di escludere è la supposizione che il magistrato collegiale abbia potestà di emetterla d'uffizio (1). Qualunque sia il consiglio della equità, esso non può vincere il rigore del diritto; la giustizia civile tutela i litiganti nei limiti in cui la loro diligenza lo rende possibile; la prova *non sufficiente* è prova *non data;* ed il giudice non ha via di scelta fuori dall'obbligo di respingere la domanda. Si capisce che vanno eccettuati da questa regola i casi in cui la legge autorizza a disporre *d'uffizio* un mezzo istruttorio, e il magistrato riscontra conveniente l'ordinarlo. Ed anzi, il considerare che dove la legge volle concedere al giudice qualche potere d'*iniziativa* nella istruttoria lo disse chiaramente, mentre da altro lato omise ogni cenno, che pure in altri codici s'incontrava (v. art. 200 codice sardo 1859), delle sentenze *che mandano alle parti di procedere più ampiamente secondo espresse considerazioni*, è ciò che ci rafferma nella convinzione che l'intendimento suo fu del tutto all'unisono coi principii suespressi.

---

(1) Per i pretori e i conciliatori vale un criterio diverso che esporremo più avanti (n. 553).

497. Era ammesso da alcuni codici anteriori, fra gli altri dal codice sardo del 1859 (articolo 202), che la lite potesse venire definita con sentenza *d'assolutoria dall'osservanza del giudizio*, ossia, per usare la parafrasi che dallo stesso testo citato è somministrata, di *cessazione del giudizio*. Non sarebbe facile il precisare a quali casi questa specie di pronunzia volevasi applicata; ad ogni modo vigeva il concetto di dover così sentenziare nei casi in cui non occorresse *disconoscere* il diritto o rigettare in via assoluta la domanda, ma convenisse arrestare il corso dell'azione per ragioni estrinseche od intrinseche, salva facendo la riproposizione della domanda in sede separata. Che un simile effetto possa derivare da una sentenza, nessuno lo mette in dubbio. Se è riconosciuta l'incapacità di una parte, se il termine per esigere la prestazione non è ancora giunto, se l'istanza risulta perenta, o la citazione nulla, è certo che la domanda, respinta in base a tali o somiglianti motivi, si potrà riproporre. Ma è palese che a codesto fine non occorre una formula speciale d'assoluzione; basta in via ordinaria che il *dispositivo* della sentenza esprima con chiarezza il significato della decisione del tribunale; in caso di incertezza lo si interpreterà colla scorta dei *motivi*, secondo insegnano concordi dottrina e giurisprudenza; così si saprà se l'azione fu respinta definitivamente o con salvezza di riproduzione. L'ammettere una formola generica per codesti casi è pericoloso, poichè crea la possibilità di abusarne; si vide infatti sostenere da qualcuno che per la mancanza od insufficienza di prove possa essere sentenziata l'assoluzione dall'osservanza del giudizio, nel che sta un errore gravissimo di diritto e di procedura. Il giudice che riconosce non data la prova di un diritto è tenuto a proclamarlo *non sussistente*. E passata in giudicato la sentenza d'assoluzione, non può la domanda essere riprodotta, col pretesto di corredarla di migliori prove; imperocchè trovasi ferito già nella sostanza ed in modo insanabile il diritto stesso.

Nel nostro codice non troviamo fatta menzione di sentenze assolutorie dall'osservanza del giudizio, fuori che nell'art. 381 (relativo al caso di contumacia dell'attore), di

cui parliamo al n. 526. E poichè d'altronde niuna formola sacramentale è imposta per esprimere le deliberazioni dei giudici, così è da reputare che codesta specie di pronunzia sia, nella generalità dei casi, scorretta ed impropria e venga meglio surrogata da quelle dichiarazioni brevi e precise che valgono a rendere il dispositivo una sintesi esatta della volontà del magistrato giudicante.

498. Prendendo occasione dall'affinità della materia, l'art. 362 stabilisce i requisiti dell'ordinanza, che consistono: nel nome e cognome delle parti colla indicazione di residenza, domicilio, o dimora; con i nomi dei procuratori, il tenore della deliberazione, la data, la sottoscrizione del magistrato e del cancelliere. Per evitare pretesti a discussioni incidentali di effetto meramente dilatorio, la legge non ammette mai querela di nullità, rispetto alle ordinanze; i vizi che vi si riscontrassero si possono far riparare colla norma stabilita dall'articolo 473; e precisamente mediante ricorso consensuale, se le parti sieno concordi, al magistrato che emanò l'ordinanza, o mediante citazione avanti il medesimo, in caso diverso. È lo stesso giudice che deve riparare l'incorsa irregolarità; per conseguenza, i difetti estrinseci all'ordinanza non somministrano mai mezzo di reclamo al collegio.

499. A rendere completa la formazione della sentenza se ne richiede la *pubblicazione* (art. 366), la quale consiste nella lettura che fa il cancelliere, nella prima udienza successiva al giorno in cui fu sottoscritta, dei nomi delle parti, colla indicazione del domicilio, ecc., dei nomi dei procuratori, del dispositivo e della data. Tosto seguìta la pubblicazione il cancelliere ne dà avviso ai procuratori delle parti (art. 268 regol. giud.); e da quell'istante la sentenza ha il suo pieno valore di atto pubblico, di cui ciascun cittadino può ottenere copia autentica dal cancelliere, il quale non può darne copia autentica in antecedenza, senza incorrere, giusta l'art. 55, nel reato che era preveduto dagli art. 344, 345 del codice penale sardo, e che lo è ora, meno completamente, nell'articolo 277 del cod. penale vigente; nè può farla conoscere in altro modo ai terzi, prima della pubblicazione, senza violare il dovere del suo uffizio.

Le ordinanze non sono pubblicate ma *pronunziate;* è, cioè, lo stesso magistrato da cui emanano, che ne rende pubblico il tenore, udienza stante, in modo sufficiente ed opportuno.

500. L'art. 54 del codice, in armonia all'art. 68 dello statuto, prescrive che le sentenze dell'autorità giudiziaria sono pronunciate in nome del re. Non sono prescritte formole sacramentali e nemmeno è comminata nullità pel caso di omissione; tutti gli scrittori vanno d'accordo nel respingere il dubbio che si abbia da considerare codesto un elemento sostanziale dell'atto.

501. Chi voglia la copia autentica d'una sentenza deve richiederla al cancelliere; quando si intenda eseguirne la notificazione, occorre naturalmente che siano spedite tante copie quante sono le parti, compreso il notificante. Anche queste ulteriori copie sono spedite a cura del cancelliere che percepisce i relativi diritti, come fu disposto con la legge 8 agosto 1895, n. 556, a modificazione degli art. 369 e 397 del codice.

502. La legale conoscenza di una decisione non si ha che mediante la *notificazione,* dalla quale solamente decorrono il termine per proporre qualunque specie di reclamo di cui la sentenza sia suscettibile, e quello per dare esecuzione al giudicato. Secondo il principio regolatore del nostro sistema processuale, anche qui all'iniziativa delle parti è abbandonata la cura della notificazione; onde nasce l'inconveniente che una sentenza non può diventare irrevocabile se non piaccia alle parti di mettere in corso il termine legale all'uopo necessario.

Per notificare la sentenza, la parte più diligente ne fa rimettere all'altra copia autentica ed integrale a mezzo di usciere. Il legislatore vuol rendere il più certo possibile che la parte notificata acquisti consapevolezza dell'atto. Egli perciò determina (art. 367) che la notificazione è fatta *alla parte* (e non al procuratore), il che ci avverte essere senza dubbio la consegna *alla persona della parte,* dovunque la si trovi, il più eccellente modo di notificazione; il *luogo* in cui la parte deve essere ricercata è quello dove essa ha dichiarata la residenza o dichiarato od eletto il domicilio in principio

di causa, o posteriormente, a norma degli articoli 134 n. 5, 158, n. 2, e 159, n. 2, in correlazione con quanto è disposto nell'articolo 7 della legge 31 marzo 1901 e nell'articolo 44 del regio decreto 31 agosto successivo. In mancanza di elezione o dichiarazione la notificazione è fatta *al procuratore*, vale a dire, *a lui quale rappresentante del suo cliente*, come per gli atti d'istruzione, non già quale *domiciliatario presunto*, e quindi *non alla parte presso di lui*. Però in proposito non si ha comminatoria di nullità nella legge; ed è dovere di leale interpretazione ammettere, anche in questo caso, che la notificazione fatta *alla parte presso il procuratore* sia altrettanto valida; senza ripetere che lo è sempre quella fatta *in persona propria*. Se poi il procuratore sia morto od abbia cessato dalle funzioni, la notificazione è fatta alla parte *personalmente*, cioè nella sua residenza, o nel domicilio, o nella dimora, dichiarandosi nell'atto il motivo per cui viene seguìta codesta forma.

Nelle cause commerciali, se manca la dichiarazione od elezione al principio o nel corso della lite e non sia costituito procuratore, la notificazione della sentenza può essere eseguita presso il cancelliere del tribunale che la pronunziò (art. 396).

Accennasi nell'articolo 367 anche alle ordinanze, e ne è disposta (capov. primo) la notificazione *ai procuratori* — come di atti d'istruttoria — nella sola ipotesi però che non siano stati presenti alla pronunzia, l'assistere alla quale ha l'effetto della notificazione.

L'atto di notificazione della sentenza o dell'ordinanza indica la persona richiedente e quella a cui la notificazione è diretta; — per la consegna della copia, osservate quanto al *luogo* le regole dell'art. 367, si seguono, quanto al *modo* ed alle *forme*, quelle stabilite per l'atto di citazione (art. 368). Quanto alla *capacità*, allo *stato*, alla *rappresentanza*, ossia in generale alla *legittimazione attiva e passiva* dei soggetti di codesto atto, si osservano le norme generali che abbiamo esposte altrove (n. 38 a 50), avendo riguardo al tempo in cui l'atto si compie, per tutti i mutamenti che possano essersi verificati.

È da ritenere non permessa dalla legge per la notificazione delle ordinanze e delle sentenze la forma dei *pubblici proclami* (art. 146 cod. proc.), sia perchè l'eccezionalità di questa forma non ammette applicazioni estensive, sia perchè la gravità delle conseguenze che derivano dalla notificazione della sentenza e dalla scadenza dei termini di impugnazione rende necessaria razionalmente la osservanza d'ogni maggiore cautela processuale.

TITOLO V.

SPESE GIUDIZIALI

503. Appare intuitivo canone di giustizia la regola che chi vince la lite debba conseguire dal soccombente il rimborso delle spese. Il fondamento giuridico di questo principio non è però sottratto a discussione. Alcune leggi antiche e pochissime moderne considerarono la rifusione delle spese come pena alla mala fede del soccombente; perciò si ricusarono ad ammetterla come norma indeclinabile, tenendo conto della possibilità di aver litigato in buona fede e con onesta convinzione, e di essere forse vittima dell'errore dei giudici o dell'imperizia del difensore, ecc. Onde in esse l'obbligo di rifondere le spese assume carattere di eccezione. Altre leggi (il codice francese e quelle su di esso modellate) trattarono la soccombenza come dimostrazione legale di colpa (senza ritenere necessario di ricercare la mala fede), e applicando il principio generale della risarcibilità del danno colposo, sancirono la regola che le spese seguono la soccombenza; quindi ammisero la moderazione o ripartizione del relativo onere, cioè una specie di parziale o totale compensazione fra le parti, nel solo caso di reciproca parziale soccombenza; nel che, come è facile intendere, non vi è deroga ma conformità logica alla massima generale. Ammisero poi la compensazione fra prossimi congiunti, quasi come misura di buon governo, per diminuire l'acredine dei dissidi domestici o famigliari; del che è problematica tanto l'utilità come la giustizia. Altre legislazioni ancora, come il codice germanico e il regolamento austriaco, riguardarono il rimborso delle spese come uno degli elementi che concorrono alla integrale ripristinazione o tutela del diritto dichiarato nella sentenza; e

logicamente perciò esclusero ogni ipotesi di compensazione, meno quella, a sua volta perfettamente logica, determinata dalla reciproca soccombenza parziale.

504. Per quanto a noi è sembrato, dopo matura e recente ponderazione sull'argomento, il codice patrio traendo suggerimenti e indirizzo da quello sardo e da quello del ducato di Modena, segue un principio diverso dagli altri enunciati di sopra. Esso stabilisce come regola (art. 370) che il soccombente paga le spese; ma pone accanto a questo due altri principii: 1° il potere discrezionale della compensazione totale o parziale *per giusti motivi*, lasciato senza altro limite al prudente arbitrio del giudice; — 2° il potere di condannare il soccombente ai danni nel caso di *lite temeraria*.

Pare, adunque, che non dalla colpa, e nemmeno dall'obbligo d'integrare la tutela del diritto del vincitore, ma bensì da un concetto generico di responsabilità indipendente da colpa, insita nel fatto della soccombenza, cioè di responsabilità derivante dall'errore anche involontario di sostenere una lite che si è perduta, derivi il nostro legislatore la ragione della condanna nelle spese. Solo da questo punto di vista riesce giustificabile il principio che esse possano essere compensate ad arbitrio prudente del magistrato, vale a dire per motivi di equità ricavati del tutto da un apprezzamento soggettivo e occasionale di lui. La risarcibilità dei danni nel caso di lite temeraria si offre così nell'aspetto della pena per la condotta ingiusta, suscettibile di gradazione secondo la varietà delle circostanze, che comprende quindi i gradi della colpa (meno la lievissima, che può essere qui trascurata) positiva e negativa e si estende fino al dolo. La compensazione delle spese, che può essere parziale o totale, comprende invece, in altra gradazione parallela tutti i casi di maggiore o minore scusabilità dell'errore, per i quali la sanzione della legge possa apparire soverchiamente rigida.

È superfluo dire che tanto della facoltà di compensare le spese, come di quella di condannare ai danni per lite temeraria è bene che il magistrato faccia uso assai cauto; e che in ogni modo, deve motivare l'uno e l'altro provve-

dimento. Nè la condanna a risarcire i danni può essere pronunziata senza domanda di parte, giusta la testuale espressione della legge (cit. art. 370). In pratica, però, è molto raro il caso di tale condanna, che non funziona come freno contro lo spirito eccessivo di litigiosità, ma è anzi essa medesima, qualche volta, pretesto a nuovi litigi, quando si tratti di mandarla ad esecuzione. Avvertasi che i danni risarcibili per questo capo sono esclusivamente quelli nascenti dal fatto della lite ingiusta; onde deriva la pratica difficoltà di discernerli ed accertarli, e la scarsa frequenza di domande e di pronunzie intorno ad essi.

Quanto alla compensazione per il caso di reciproca soccombenza, il codice non ne fa particolare menzione; ma è evidente che può essere deliberata dai giudici, trattandosi, come notammo, della applicazione logica a circostanze speciali del principio che le spese seguono la soccombenza.

505. La pronunzia sulle spese è parte normale del dispositivo della sentenza; nè fa bisogno che sia stata proposta all'uopo specifica conclusione, perchè la legge deduce l'obbligo normale della rifusione dal fatto della soccombenza; occorrerà invece conclusione specifica per la rifazione dei maggiori danni in caso di lite temeraria.

Se la sentenza niente dispone intorno alle spese, non è da intendere che siano compensate, giacchè a tal uopo occorre una pronunzia esplicita. Ma la parte interessata può citare l'avversario a udienza fissa, provocando una nuova sentenza che giudichi in ispecialità sopra le spese. Però non vi sarebbe tale omissione di pronunzia quando dalla motivazione della sentenza apparisse chiaro il proposito di compensare le spese, quantunque poi nel dispositivo non ne fosse fatta speciale menzione (art. 370, capov. secondo).

Essendo più d'una le parti soccombenti, le spese si ripartiscono *per capi*, *od in ragione dell'interesse rispettivo nella controversia;* può essere stabilita la *solidarietà* fra i soccombenti anche per le spese, se sia pronunciata condanna all'adempimento di una obbligazione solidale; ma in difetto di dichiarazione di *solidarietà* o di *proporzionalità* all'interesse, le spese s'intendono ripartite *per capi* (art. 371). Le persone che sono in giudizio come rappresentanti di

incapaci o di enti morali o collettivi non devono essere condannate nelle spese in proprio; ma la condanna colpisce la parte rappresentata; invero, è dessa che realmente soccombe; pel rappresentante il tentativo di difesa è spesso un *dovere,* anche s'egli dubiti della bontà della causa. Nondimeno è anche possibile che il puntiglio, la malafede, la ostinazione del rappresentante od amministratore trascini ad incauto litigio l'amministrato; onde a buon diritto lo art. 372 stabilisce che i tutori, i curatori, gli eredi beneficiati ed ogni altro amministratore possono, *per gravi motivi,* essere condannati nelle spese personalmente, senza diritto di ripetizione.

506. Il debito delle spese procede *fra le parti* in causa. Il procuratore del vincitore od è già stato pagato dal suo cliente, od ha azione per esserlo. Tuttavia, per tutelare il sacro diritto del difensore nei casi in cui gli sarebbe forse malagevole di conseguire altrimenti il compenso della fatica sua, gli è data facoltà di domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunziata in tutto od in parte a suo favore. La legge ammette la *distrazione delle spese* a favore dei procuratori *per la parte che dichiareranno di avere antecipato.* In pratica però si ritiene quasi sempre che la domanda di distrazione porti per conseguenza la condanna a pagare direttamente al procuratore anche gli *onorari per le sue prestazioni;* ciò è tanto giusto quanto onesto; e se nell'art. 370 la parola *spese* comprende anche gli onorari, è sottigliezza degna di miglior causa fondare sulla espressione « *antecipato* » la restrizione di quella parola nell'art. 373 ad indicare i puri *dispendi.* La domanda può essere proposta anche verbalmente, e ne viene fatta menzione, in tal caso, nel foglio d'udienza. Il tribunale non ha facoltà di respingerla; la legge non domanda al procuratore veruna prova della sua richiesta, ma lascia al cliente la facoltà della opposizione, da potersi muovere anche senza ministero di procuratore, in un termine perentorio, fino al punto, cioè, in cui l'avversario non abbia pagato al procuratore. Avvenuto il pagamento, il cliente può agire contro il suo procuratore con separata azione di rimborso, in via ordinaria (art. 373 e 374). Nella ipotesi poi che il

cliente nulla opponga alla domanda di distrazione, sebbene il magistrato non abbia facoltà di respingerla d'uffizio, potrebbe pur darsi che non l'accogliesse in fatto, vuoi per dimenticanza, vuoi per errore, pronunziando la condanna a favore della parte vittoriosa. La legge nulla dispone circa il modo in cui il procuratore possa riparare il danno da simile pronunzia cagionatogli. Non sembra che sia il caso di ricorrere, come qualche scrittore suggerisce, al capoverso ultimo nell'articolo 370, parificando questa evenienza alla omissione di pronunzia sulle spese; non è infatti logico dire che sia stato omesso di pronunziare là ove, bene o male fu pronunziato.

507. La *liquidazione* o *tassazione* delle spese, la determinazione cioè della somma in cui devono essere pagate, è cosa distinta dalla *condanna* al rimborso, ma è un elemento indispensabile per la esecuzione di questa condanna. Consta la liquidazione di tre operazioni diverse: 1ª *verifica delle spese* che hanno occorso per gli atti della causa, e così bolli, diritti d'usciere, di registro, copie di documenti, indennità a testimoni, onorari a periti, ecc.; che devono essere tutte giustificate dagli atti di causa, con la scorta dei quali il magistrato procede al loro accertamento; 2ª *determinazione dei diritti di procuratore,* che per quanto s'attiene alla natura ed al numero degli atti compiuti, saranno da verificare similmente colla scorta dei volumi della causa, e, per quanto alla tassazione, devono essere conformati alle misure fissate dalla tariffa approvata con la legge 7 luglio 1901; 3ª *valutazione degli onorari d'avvocato,* per la quale, secondo la tariffa civile del 1865 (art. 294), è rimesso all'autorità giudiziaria di tener conto del valore della causa, dello studio e del tempo che può esservi stato impiegato, ecc.

L'art. 376 fornisce alcune norme per la tassazione; le più importanti sono: 1ª che non si comprendono in essa gli atti *riconosciuti superflui;* 2ª che si ammettono in tassazione le spese *di un solo procuratore*, anche se più ne siano stati costituiti, quando si tratti di persone che potevano servirsi di un solo rappresentante giudiziale, o perchè aventi lo stesso interesse o perchè unite da vincolo d'azione o di obbligazione indivisibile. Notisi bene che la legge parla

di *procuratori*, non anche di *avvocati;* può essere inutile farsi rappresentare da più procuratori ed utilissimo invece farsi difendere da più avvocati. Tuttavia deve in pratica essere osservata anche per questo riguardo la più scrupolosa moderazione e tenere per norma costante che ogni lusso di difesa deve stare a carico di chi desidera procurarselo.

508. La liquidazione è inserita nella sentenza; le parti hanno l'obbligo infatti di unire al fascicolo la nota delle spese. Ma quando la nota manchi, o non sia completa, o per qualsivoglia motivo il tribunale lo creda opportuno, la legge permette che sia delegata la tassazione ad un giudice, che provvede con ordinanza, provocata dal vincitore mediante citazione del soccombente, dopo il passaggio in giudicato della sentenza. Diciamo che occorre la citazione, perchè la legge parla di *ordinanza* (vedi art. 50) e perchè ciò è conforme al principio di ragione *audiatur et altera pars*, che domina ogni forma di procedimento incidentale. Ma in pratica si vede spesso usato il ricorso; ciò non priva la parte del diritto di reclamo; e in codesta sede le sarà dato proporre tutte le eccezioni che avrebbe fatto valere avanti il giudice delegato se citata, ottenendo il rimborso delle spese qualora le sue domande siano accolte. L'ordinanza può essere impugnata con reclamo nei modi e nei termini fissati per le ordinanze incidentali nell'art. 183 (1). Ma se il reclamo è respinto, le maggiori spese colpiscono il proponente; ed il procuratore che prestò mano a questo estremo atto vessatorio può essere condannato ad un'ammenda di lire dieci. La sentenza che pronunzia sul reclamo è soggetta ad appellazione quando le spese riguardino una causa discussa in prima istanza.

Non essendo proposto reclamo nel termine di legge, la tassazione del giudice delegato acquista forza esecutiva (art. 375 e 377; ed art. 224 e 272 del regol. gen. giudiziario).

---

(1) Il richiamo espresso dell'art. 183 nell'art. 377 fa ritenere che la notificazione *debba* essere fatta al procuratore. Però, non trattandosi di ordinanza *d'istruzione*, non sembra che, nel silenzio della legge, possa ritenersi nulla (per violazione di una forma sostanziale) la notificazione che fosse stata fatta alla parte. Qualche sentenza è caduta a questo proposito in un eccessivo rigore, cui non possiamo consentire.

Tutto ciò, per altro, è una inutile complicazione processuale; e spesso ne nasce l'occasione di contese altrettanto deplorevoli quanto infeconde e prive di serietà, in questo nostro bel paese in cui la pianta del litigio fiorisce eccessivamente. Il legislatore avrebbe meglio provveduto, disponendo che *sempre* le spese debbano essere tassate nella sentenza. E il magistrato coscienzioso e diligente dovrebbe sempre resistere a qualsivoglia tentazione di differire la pronunzia su questo argomento.

Seguono la sorte delle spese della lite, se non sia altrimenti disposto nella sentenza, quelle che occorrono per la sentenza stessa, per le sue copie, la notificazione, non che per gli atti d'esecuzione forzata. E ciò è intuitivamente logico. La tassazione di tali spese non potendo aver luogo nella sentenza ed in parte nemmeno nell'ordinanza del giudice delegato, si fa risultare ad opera del cancelliere o dell'usciere al margine degli atti predetti, giusta la rispettiva competenza. Chi volesse insorgere con opposizione contro queste partite, osserverà le norme ordinarie della procedura (art. 378).

509. Nelle relazioni fra il difensore e il cliente troviamo segnato nell'art. 379 un procedimento spedito ed economico. Ricordisi che rispetto ai *procuratori*, l'art. 103 fa già menzione di una regola di competenza speciale, da seguire anche nel caso in cui si adottasse la forma comune della domanda giudiziale mediante citazione. Quella regola di competenza è tenuta ferma dall'art. 379, il quale concede una *forma di procedimento eccezionale* che si estende a favore di tutte le persone indicate nell'art. 103 ed inoltre agli avvocati. Tutti costoro per ottenere il pagamento delle somme di cui vanno creditori verso i rispettivi clienti o mandanti, però esclusivamente per compenso o rimborso di atti compiuti in giudizio, possono presentare la nota del proprio avere al presidente del tribunale che decise la lite; egli, appiedi della nota, *rilascia ordine di pagamento* delle somme richieste, entro un termine non maggiore di trenta nè minore di dieci giorni dalla notificazione. Nel termine assegnato è facoltativa al cliente l'opposizione, per la quale non abbisogna d'assistenza di procuratore ed è permessa la discussione puramente orale. Deve proporla con ricorso

al presidente, notificato al creditore con citazione per presentarsi a giorno fisso innanzi quel magistrato; il quale tenterà di conciliare le parti; e se non vi riesca le rimetterà a udienza innanzi il tribunale. La citazione direttamente fatta per comparire avanti il tribunale, dopo la legge 31 marzo 1901 può tuttavia considerarsi valida; perchè dovendo le parti comparire anzitutto avanti il presidente, quella di esse che creda utile il tentativo di conciliazione può farne domanda; il presidente provvede nella forma stabilita per gli incidenti.

La legge non specifica, nel caso di tribunale diviso in più sezioni, se *il presidente* che emette l'ordine di pagamento sia quello del tribunale o della sezione che decise la causa. Trattandosi di atto di mera formalità, poichè il presidente non esamina le partite nè ha potere di liquidazione o tassazione, sembra indifferente la soluzione; la legge, con tutta probabilità, si riferisce al presidente del tribunale; e oggidì che il grado di vicepresidente di tribunale è abolito, questa soluzione si presenta anche più sicura. La disputa ha ancora una certa importanza per le corti d'appello; ma non vi sarebbe ragione di dire *nullo* il decreto rilasciato dal presidente della sezione. L'importante è che, in caso di controversia, venga rispettata la competenza della sezione a decidere intorno ad essa (v. numero seguente). Non vi è dubbio poi, che nelle sezioni staccate di corte d'appello, l'ordine di pagamento debba essere rilasciato dal presidente della sezione competente per territorio.

510. Trascorso il termine, l'ordine di pagamento acquista autorità di sentenza *spedita in forma esecutiva*; cioè abilita il patrocinatore a procedere in esecuzione forzata. Le opposizioni del cliente non diventano da questo momento inammissibili, ma si trasformano in opposizioni agli atti esecutivi, giacchè una sentenza avente forza esecutiva non è ancora una sentenza passata in giudicato. Errano altrettanto coloro i quali pretendono che il diritto di opposizione si estingua con la scadenza del termine assegnato pel pagamento, come quelli che ne pongono il limite *al primo atto di esecuzione forzata;* nè sbagliano meno coloro i quali credono che la opposizione contemplata qui

dalla legge sia una specie della opposizione contro le sentenze proferite in contumacia, proponibile nel termine assegnato per tale rimedio dall'art. 476 (v. vol. II, n. 636), sotto analoga comminatoria di decadenza. In una parola, come una sentenza provvisoriamente esecutiva può essere impugnata in corso di esecuzione, come lo può essere un titolo esecutivo contrattuale, così può essere impugnato questo ordine, che, dal punto di vista processuale, ha una efficacia analoga.

La controversia può aggirarsi sull'esistenza del debito o sulla tassazione delle partite esposte. È opinione giustamente accolta dai migliori interpreti, che il presidente, nello ordinare il pagamento, non ha facoltà di ridurre le somme esposte dal richiedente, quando le operazioni di cui si chiede pagamento siano giustificate con la produzione degli atti giudiziari e del mandato alle liti. Invero, se l'intimato si oppone, il tribunale provvederà alla tassazione in contraddittorio, qualora non riesca il presidente a comporre il dissidio. Se l'intimato non muove opposizione, l'acquiescenza di lui darà vigore di legge contrattuale all'ordine di pagamento, nè sarà poi ragionevole alcun lamento da parte di chi poteva difendersi e nol fece.

Gli avvocati, quando non seguano la via segnata in questo articolo, non sono neppure vincolati dalla regola di competenza dell'art. 103, il quale di loro non fa menzione.

Come dinanzi i tribunali, la procedura qui menzionata si osserva anche davanti le corti d'appello; l'articolo parla infatti di *presidenti* e di *autorità giudiziarie*. È da accogliere l'opinione che, argomentando dall'art. 447, la estende anche alle preture, osservandosi solo che quando si faccia luogo ad opposizione, il pretore che non riesca a conciliare le parti, senza fare rinvio ad altra udienza, registrerà le rispettive loro osservazioni nel processo verbale, e premessa ogni altra occorrente istruttoria pronunzierà sentenza sopra la controversia.

Le sentenze sulla opposizione si considerano pronunziate nel medesimo grado di giurisdizione in cui fu decisa la causa di merito. Trattandosi infatti di una controversia *accessoria*, assegnata alla competenza dell'autorità che pro-

nunziò sulla *principale*, se questa sia stata decisa in grado d'appello, è nello stesso grado che si porta, *omisso medio*, la questione sulle spese. Per il medesimo motivo, l'esame della controversia è di competenza esclusiva della *sezione* che decise sul merito, in conformità alla disposizione dell'art. 213 del regolamento generale giudiziario (v. n. 200).

511. In favore delle persone alle quali la scarsezza degli averi o la povertà sarebbe ostacolo insormontabile per sostenere le spese di una lite è istituito il benefizio del *patrocinio gratuito*. Esso è regolato dal decreto legislativo 6 dicembre 1865 e dalla legge 19 luglio 1880. Va distinto l'effetto del patrocinio gratuito relativamente alle spese e tasse da quello che concerne gli onorari professionali degli avvocati e dei procuratori. Quanto alle spese, il litigante povero è dispensato dall'anteciparle; egli fa uso di carta non bollata; gli uscieri e i cancellieri gli prestano il loro ministero per gli atti del rispettivo uffizio senza conseguire i diritti dalla legge loro accordati. Le persone estranee all'ordine giudiziario, notari, conservatori delle ipoteche e degli archivi, e gli altri ufficiali pubblici, devono similmente prestarsi alle richieste che ricevano per atti o per rilascio di copie nell'interesse del litigante ammesso al patrocinio gratuito. Tutte le somme però che sarebbero dovute per i titoli suindicati vengono annotate a cura dei cancellieri in registro apposito e costituiscono un debito esigibile verso chi di ragione, come or ora diremo. I periti, testimoni, e simili, sono pagati dall'erario e la relativa spesa è similmente annotata a debito. In quanto ai patrocinatori, la gratuita difesa del povero è per essi, siano avvocati o procuratori, « un ufficio onorifico ed obbligatorio » a norma dell'art. 1 del decreto del 1865; e a sensi dell'art. 6 hanno diritto di ripetere gli onorari della parte avversaria, qualora sia stata condannata nelle spese per effetto di soccombenza o le debba in seguito a rinunzia agli atti del giudizio.

512. La vittoria del povero nella lite, accompagnata da questa condanna dell'avversario alle spese, dà diritto all'erario per agire direttamente contro costui allo scopo di riscuotere tutte le spese, siano quelle *antecipate* come quelle *semplicemente annotate a debito*.

Lo stesso diritto si verifica per l'erario contro *la parte attrice* (se l'ammesso al gratuito patrocinio è convenuto) nei casi in cui rinunzi alla lite o la lasci cadere in perenzione. Nei casi di transazione, tutte le parti sono obbligate in solido al pagamento delle spese in pro dell'erario.

Quando la lite siasi definita con la vittoria del povero ma senza condanna dell'avversario nelle spese, o sia stata pronunziata di queste una compensazione parziale, l'erario ha diritto di pretendere dal patrocinato gratuitamente il rimborso delle spese *antecipate* per la di lui difesa, o il rimborso di quella parte delle medesime che non fa carico al soccombente. Se poi la vittoria ha messo il povero in grado di conseguire un valore non inferiore *al sestuplo* della somma complessiva rappresentante tutte le spese annotate a debito, o la parte in cui il soccombente non fu condannato, l'erario acquista inoltre il diritto di pretendere il rimborso delle spese *semplicemente annotate.*

Il patrocinatore del povero, a nostro avviso, non può invocare a titolo di analogia queste disposizioni, per pretendere dal cliente alcun pagamento di onorari. Vinca o perda la lite, il cliente nulla deve al patrocinatore, il quale, nei rapporti con lui, ha adempiuto un dovere, il più nobile, certamente, del proprio uffizio, e non ha da attenderne compenso pecuniario se non per la condanna dell'avversario o per la spontanea gratitudine del vincitore. Nel caso di transazione, invece, è da credere che si possa accogliere una diversa soluzione; giacchè il povero, mentre ha profittato dell'opera del difensore per ottenere dall'avversario utili concessioni, ha reso impossibile, col fatto stesso di transigere, che l'avversario sia condannato nelle spese e che il patrocinatore realizzi così quel vantaggio a cui la legge gli dà diritto di aspirare. In questa ipotesi, l'onorario per l'avvocato dovrà essere determinato in relazione all'importanza della di lui opera e del profitto che il cliente ne ricavò; il diritto al rimborso deve aversi per condizionato, rispetto a tutti gli onorari di difesa, alla stessa norma del sestuplo dianzi accennata, calcolando il sestuplo in rapporto alla somma complessiva degli onorari stessi e delle spese da rimborsare e soddisfare all'erario. Questa regola, per quanto

a noi sembra, ha ottenuto sanzione nell'art. 12 della legge 7 luglio 1901 sugli onorari dei difensori, in cui è stabilito: « Nelle cause riguardanti persone ammesse al gratuito patrocinio, gli onorari e le indennità dovute al patrocinatore nominato d'ufficio saranno, a sua domanda, inscritte nel registro delle spese a debito e riscosse nel modo dalla legge stabilito per le spese stesse, *anche nel caso di transazione* ».

Se poi il povero rimane soccombente, ed è condannato nelle spese, l'erario ha diritto di ricuperare da lui le somme annotate a debito, solo nella eventualità successiva che muti il suo stato economico da quello che era al tempo in cui gli fu accordato il patrocinio gratuito.

TITOLO VI.

CONTUMACIA

513. Nella rozza semplicità delle antiche forme giudiziarie concepivasi come sola guarentigia di giustizia la necessità della comparizione personale di entrambe le parti davanti il magistrato, affinchè egli udisse dell'una e dell'altra le ragioni. Perciò era ammesso che la fisica violenza fosse lecita per costringere il convenuto a presentarsi, come ancora ne fanno fede i testi delle dodici tavole. Più tardi, ridotto a migliore assetto il sistema della citazione (vedi n. 235), si dovette riconoscere la libertà del convenuto di non comparire; e sorse quindi gravissimo il problema sugli effetti della contumacia. Non si può negare che la prima impressione ricevuta da chi esamina l'argomento è sfavorevole al contumace, sembrando che egli abbia abbandonata la difesa per mancanza di buoni mezzi a sostenerla e che quindi tacitamente confessi il proprio torto. Ma le severe ponderazioni della giustizia non ponno arrestarsi a questo concetto superficiale. A parte che il contumace può avere ignorato la chiamata in giudizio, od essere legittimamente impedito di presentarsi o di provvedere alla difesa; il silenzio del convenuto non può mai erigersi a valida ragione per ritenere ciecamente ammissibile la domanda dell'attore. Il principio generale che impone a chi fa una domanda in giudizio l'obbligo di darne la prova, non ha motivo plausibile per venir meno in questa ipotesi; anzi diremo che esso dev'essere più scrupolosamente adempiuto in confronto di chi rimane indifeso e che più grave diventa l'obbligo del magistrato di esaminare se il buon diritto assiste veramente l'istanza sottopostagli.

I giureconsulti romani, nella consueta rettitudine dei loro criteri, non tardarono ad arrivare a queste conclusioni; e trovarono indispensabile anzitutto garantire al convenuto la sicura conoscenza della chiamata in giudizio, mediante la reiterazione della citazione *(edictum)* ed ammettendo di regola la verificazione della contumacia solo a seguito del terzo editto *(edictum peremptorium)* (L. 71, D., 5, 1). Anche dopo ciò era esclusa la dichiarazione di contumacia quando fossero noti al magistrato legittimi impedimenti del convenuto, quali l'incapacità, la malattia, l'assenza per servizio pubblico, ecc. (LL. 53 e 54, Dig., 42, 1). Il contumace non era poi considerato come tacitamente confesso, ma il giudice avea l'obbligo di esaminare se fosse fondata la domanda dell'attore, respingendola quando tale non la riconoscesse (L. 73 pr., Dig., 5, 1; L. 1, Cod., 7, 65; L. 13, § 4, Cod., 3, 1; Nov. 82, cap. 5, *in fine*). In un solo punto il sistema romano è accessibile alla critica scientifica. Considerando che il contumace abbia *voluto* non comparire e così rimettersi alla giustizia del magistrato di prima istanza, reputavasi logico interdirgli il rimedio dell'appello (L. 23, § 3, Dig., 49, 1).

Il che diciamo non rigorosamente corretto, nel senso che altra cosa è rimettersi alla giustizia del giudice, o meglio della legge protettrice del diritto, altra rinunziare al reclamo contro l'ingiustizia che il giudice commetta, mostrandosi non meritevole della fiducia ed impari alla nobile altezza del suo ufficio.

514. Nel medio evo, sotto l'influenza delle tradizioni germaniche e delle lotte giurisdizionali tra i feudatari, la contumacia assunse un carattere strano ed esorbitante. La si colpì come un delitto di fellonia; le multe, le confische, talora le pene corporali, sembrarono adeguati castighi a simile reato; e sebbene il diritto ecclesiastico si tenesse lontano dal praticare tali eccessi, gli stessi canonisti insieme coi più celebri glossatori posero ogni studio nel giustificarli. Minima fra tutte le conseguenze della contumacia parve allora il considerare confesso colui che non si difende; la interdizione dell'appello fu naturalmente conservata; e niuna posizione poteva essere più favorevole di quella dell'attore,

sicuro di vincere e di vincere in modo irrevocabile. Da ciò abusi d'ogni sorta per *procurare* la contumacia dei convenuti, per fingere cioè la regolarità di citazioni che effettivamente non erano seguite. Per riparare a codeste enormità, in Francia fu introdotto molto tardi, con una regia ordinanza del secolo XVI, l'istituto della *opposizione,* mercè la quale al contumace, in sostituzione dell'appello tuttavia diniegatogli, offerivasi la possibilità di ripristinare il giudizio innanzi al magistrato di prima istanza, quando solo dopo la sentenza contumaciale venisse a conoscenza della lite trattata, per non avere ricevuto regolarmente la relativa citazione. Nella viziosa organizzazione dei riti giudiziari, la opposizione diventò a sua volta sorgente d'abusi; tutti i convenuti di mala fede si resero contumaci per poter dilazionare la lite mediante l'opposizione, che apriva poi l'adito successivo all'appello. Tentossi una nuova riforma; l'opposizione fu abolita dall'ordinanza del 1667, ma fu conceduto ai contumaci il diritto d'appellare. Finalmente i redattori del codice francese, stimando di raggiungere migliore perfezione di giustizia, concedettero al contumace e l'opposizione e l'appello.

515. Il che è semplicemente assurdo. L'opposizione trasse la sua origine dal pensiero che il convenuto *non abbia avuto notizia* della prima chiamata in giudizio, sicchè non siagli stato possibile contraddire alla domanda; chi ne ebbe notizia e *non volle* comparire, manca d'ogni diritto a rinnovare il processo davanti il medesimo magistrato, mentre è giusto invece che possa ricorrere al magistrato di grado superiore, al pari di colui che in primo grado si è difeso. Ora una legislazione civile può ammettere, come ipotesi normale, che i processi si svolgano contro persone ignare della esistenza di essi? No di certo; cura precipua di una legge di procedura dev'essere quella di assicurare la certezza delle citazioni, non di cercare rimedi contro la incertezza tollerata o promossa da viziosi ordinamenti.

Abbiamo veduto che il legislatore italiano non omise diligenti cure per regolare la notificazione delle citazioni. Riguardo al caso di contumacia non si appagò delle cautele ordinarie. Stimò certo ed indiscutibile che chi fu citato

in persona propria se non compare in giudizio lo faccia di sua libera elezione; ma riguardo alla citazione altrimenti notificata che *alla persona* del convenuto, volle che, verificandosi la non comparizione, debba essere *rinnovata*, prima che sia consentito di presumere la *volontarietà* della contumacia. Del resto al contumace lasciò sempre apertissima la via per l'appellazione, rimovendo in questa parte l'antico errore della dottrina romana.

Data questa base al sistema, il legislatore avrebbe dovuto ripudiare completamente l'opposizione. Quando la citazione non è notificata in persona propria, la si rinnovi; e sia questo un obbligo per chi vuol proseguire la lite contro il contumace. Nulla di più semplice d'un tale provvedimento: eppure ne siamo ancora lontani. Il codice lascia *la facoltà* all'attore di rinnovare la citazione, se gli pare; se non la rinnova, il convenuto non citato in persona propria ha facoltà di fare opposizione. E così questo istituto, figlio di tempi e condizioni che non hanno coll'attuale stato della giustizia e delle relazioni sociali veruna simiglianza, vive tuttora nella procedura italiana, mentre ai voti per la sua abolizione conferisce autorità l'adesione di tutti i cultori della nostra scienza.

516. Fra noi, del resto, la contumacia non ha valore di confessione, nè viene in alcun modo punita. Vi hanno bensì talune legislazioni moderne che rendono obbligatorio al giudice di accogliere la domanda dell'attore, salve alcune maggiori o minori restrizioni; esse in fondo sono logiche, perchè adottando in generale il principio della tacita confessione arguita dal silenzio, non potrebbero valutare diversamente l'effetto della contumacia: ciò dicasi del vecchio regolamento austriaco, del codice ginevrino, del germanico, per tacere d'altri (1). È inutile che esaminiamo la diversità

(1) Il nuovo regolamento austriaco (§ 396) conservò la disposizione per la quale il giudice è obbligato a ritenere per veri i fatti esposti dalla parte comparsa, a meno che non siano contraddetti dalle prove già esistenti. La regola si applica così alla contumacia dell'attore come a quella del convenuto. Essa è fondata su un concetto tradizionale, e anche sulla esperienza che dimostra, in generale, non avere il contumace alcuna seria ragione di difesa. Ma l'*obbligo* imposto al

delle loro disposizioni, poichè tale esame non illustrerebbe in alcun modo il concetto del codice patrio. Nel nostro articolo 384 sta scritto semplicemente: « La sentenza che dichiara la contumacia pronunzia sulle conclusioni della parte istante ». Ciò significa semplicemente che su quelle conclusioni sarà deciso: ma la decisione dovrà essere data secondo giustizia ed in conformità ai principii regolatori del diritto probatorio vigente.

517. Causa determinante della contumacia è la non comparizione del convenuto nel termine od all'udienza, secondo che la causa sia formale o sommaria. Ma è indispensabile all'attore, per aver diritto di dir contumace il convenuto, essere egli comparso regolarmente nei modi prefissi a norma della qualità del procedimento. Della ipotesi che non sia comparsa nessuna delle parti abbiamo parlato altrove (n. 277).

Avanti di provocare la dichiarazione di contumacia, è in facoltà dell'attore comparso in termine di rinnovare la citazione non notificata in persona propria al convenuto. Egli chiederà un rinvio a tale scopo. Se però sono parecchi i convenuti contumaci, alcuni citati in persona propria ed altri no, o se alcuni compariscono ed altri, *non citati in persona propria,* non compariscono, l'attore ha l'*obbligo* di rinnovare la citazione a questi ultimi, salvo che rinunci all'effetto della medesima in loro confronto (art. 382). La legge con questa disposizione volle prevenire l'inconveniente che una sentenza sia suscettiva per alcuni d'opposizione e per altri d'appello soltanto, rispetto ai medesimi capi di pronunzia, il che potrebbe portare a disparità finale di giudicati sopra unica domanda. In conseguenza, se la citazione non fu rinnovata in un caso nel quale doveva esserlo, il magistrato potrà interpretare questa omissione come una rinunzia nei sensi predetti, se dallo esame degli atti trae elementi per arguirla; oppure (a norma delle circostanze) potrà sospendere la sentenza per dare

---

giudice è forse eccessivo, specie in paragone alla grande latitudine lasciata da quel regolamento alla libera convinzione di esso (vedasi nota al n. 373).

agio all'attore di provvedere alla rinnovazione, involontariamente omessa. In nessun caso potrà pronunziare in contumacia contro la persona che non fu regolarmente citata. La rinuncia *all'effetto della citazione* non toglie (come lo spiega la frase stessa) il diritto di riproporre separatamente la domanda contro i non comparsi o non citati in persona. Per rendere più efficace la seconda citazione, è prescritto, ma non a pena di nullità, che contenga la formale comminatoria della dichiarazione di contumacia, se il convenuto non comparirà.

518. Attribuita nella legge 31 marzo 1901 la facoltà a ciascun convenuto di citare l'attore con abbreviazione del termine, è troppo logico ritenere che quel convenuto il quale la esercita dispensa l'attore dal rinnovare a lui la citazione non notificata *in persona propria;* poichè l'esigere una simile formalità, *dopo che il convenuto stesso ha fissata l'udienza* per trattare la causa, sarebbe assurdo e contraddirebbe allo scopo del suo medesimo atto. Ciò stante, è da ritenere come indubitabile che se l'attore comparisce all'udienza stabilita dal convenuto e questi si rende contumace, perde il diritto di fare opposizione che poteva essergli derivato dalla mancata notificazione in persona propria della citazione dell'attore (art. 2, primo alinea del r. d. 31 agosto 1901).

Uno solo fra più convenuti può valersi della menzionata facoltà, chiamando anche gli altri convenuti all'udienza più vicina. È chiaro che non interessa più, in questo caso, esaminare se gli altri convenuti ricevettero in persona propria la citazione dell'attore, ma bensì se fu notificata in tal modo la citazione abbreviativa del termine. Se questa non fu a loro (o a tutti loro) notificata in persona propria, e non compariscono all'udienza indetta con l'atto di abbreviazione, è indispensabile applicare qui la norma dell'art. 382. La legge, mercè l'opposizione, volle riparare l'inconveniente della mancata difesa del convenuto, quando si può dubitare che egli *non abbia saputo* di doversi difendere. Ora, *per saperlo*, occorre conoscere la esistenza di una domanda e *il tempo in cui si deve andare innanzi al giudice.* Nel difetto di questa notizia non è da considerare *perfetto* lo stato di

contumacia; il convenuto, adunque, nel caso di cui parliamo, dovrebbe avere facoltà di fare opposizione alla sentenza. Ma tale facoltà non può essergli accordata, perchè c'è un altro convenuto (l'autore della citazione per abbreviazione del termine) che non la possiede. È indispensabile pertanto che la di lui contumacia sia resa perfetta mediante la rinnovazione della citazione; questa rinnovazione sta logicamente a carico dell'attore, poichè a lui la legge lascia la scelta di rinunziare all'effetto della citazione contro i non comparsi o di legalizzare la loro situazione processuale. Attenendosi a questo secondo partito è a lui che spetta la cura di compiere gli atti occorrenti. Ma poichè, nella ipotesi qui considerata, può darsi che la prima citazione fosse stata notificata in persona propria e che il bisogno della rinnovazione dipenda dal fatto del convenuto che promosse l'abbreviazione, così è equo che la rinnovazione sia eseguita per biglietto, cioè nella stessa forma della citazione a breve termine. Con queste considerazioni è spiegato il primo capoverso dell'art. 1 del r. d. 31 agosto 1901 sul procedimento sommario.

519. La contumacia si accerta all'udienza (art. 14 della legge 31 marzo 1901, art. 230 del reg. gen. giudiz., art. 26 del r. d. 31 agosto 1901); essa si ha per verificata dopo trascorsa un'ora dall'apertura dell'udienza dinanzi al presidente, previa chiamata delle parti non comparse a mezzo dell'usciere di servizio. La dichiarazione di contumacia è fatta nella sentenza; ma se viene prescritto il procedimento formale, è fatta nell'ordinanza che lo dispone (v. n. 317). Però, dopo tale ordinanza può accadere che sia da farsi una nuova citazione, o perchè le parti non depositarono i documenti nel termine stabilito (v. n. 321), o perchè si richiede una riassunzione d'istanza (vol. II, n. 771); in tali casi potrebbe rendersi necessario promuovere dichiarazione di contumacia secondo le norme del rito formale. Dovrebbe, cioè, osservarsi la disposizione dell'art. 383; entro sessanta giorni dalla scadenza di quello per comparire, l'attore ha obbligo di iscrivere la causa a ruolo per la dichiarazione di contumacia, fornendosi di un certificato del cancelliere il quale attesti la sua comparizione regolare e la non compari-

zione del convenuto; e deve *chiedere la dichiarazione* della contumacia nel detto termine; il tutto sotto comminatoria di perenzione della istanza, giusta il capoverso dell'art. 338. Però, se vi sono più convenuti e alcuno è comparso, le dette norme non devono essere applicate e la contumacia si dichiara con la sentenza che provvede sulle istanze e discussioni delle parti comparse. Tutto ciò accenniamo semplicemente, trattandosi di casi che si potranno verificare per mera eccezione.

Tornando a dire del procedimento ordinario, cioè del sommario, conviene osservare che *l'accertamento* della contumacia in udienza, disposto dal presidente e registrato nel foglio di udienza, differisce dalla *dichiarazione*, contenuta poi nella sentenza, per ciò che quando il presidente *dà atto della contumacia* a domanda della parte che vi ha interesse, egli non verifica la regolarità delle condizioni richieste per il giudizio contumaciale, ma si limita ad *attestare* (dare atto) che una delle parti non è comparsa e che l'altra afferma il concorso delle accennate condizioni. Con questo accertamento, che si può dire provvisorio, è reso possibile che il processo continui e si svolga con le forme del giudizio contumaciale, a rischio però della parte comparsa, giacchè se il tribunale non riconoscerà regolare la citazione o la sua notificazione, essa dovrà subirne le conseguenze. Ma così era necessario ordinare il processo, per non dilazionare il suo corso con un apposito giudizio incidentale per dichiarazione di contumacia, come usavasi in passato, essendo poi in fatto cosa assai rara che non siano adempiute nel modo voluto dalla legge le condizioni occorrenti per la dichiarazione di contumacia. La funzione del presidente è dunque di carattere ordinatorio e potè essere, senza anormalità, determinata nel regolamento gen. giudiz. (art. 230) anzi che nel codice. L'art. 14 della legge 31 marzo 1901 contempla questa funzione del presidente nella formola generica, sebbene poco elegante, con cui gli deferisce la « constatazione della non comparizione »; formola generica, che include ogni ipotesi di non comparizione all'udienza, che dia o non dia luogo a dichiarazione di contumacia. L'articolo citato fu coordinato con l'altro

pure citato del regolamento generale giudiziario, mediante la disposizione dell'art. 26 del r. d. 31 agosto 1901.

Pertanto, fino che la sentenza non è proferita, la parte non comparsa, della cui contumacia fu dato atto dal presidente, è trattata nel processo *come contumace*. Ed in conseguenza, qualora la causa sia cancellata o decada dal ruolo generale di spedizione e occorra provvedere alla sua riproduzione, il biglietto di citazione preveduto nell'art. 13 della legge del 1901 è validamente notificato mediante affissione alla porta esterna del tribunale (giusta il medesimo testo di legge, che richiama l'art. 385 del codice) non solo ai contumaci già dichiarati tali da una sentenza, ma anche a quelli della cui contumacia fu semplicemente dato atto all'udienza. Il che non toglie, come dicevamo, che per costoro rimanga intatto l'obbligo del tribunale di verificare a suo tempo se concorrevano e concorrono gli estremi per far luogo alla dichiarazione di contumacia. Dalla esposta interpretazione logica dell'art. 13 non è lesa o menomata la loro difesa.

520. Quando il convenuto è contumace, l'attore non può ottenere provvedimenti di istruzione mediante *ordinanza*, mancando l'accordo delle parti che è la ragione di questo provvedimento economico. Ma se tra più convenuti alcuni siano comparsi e tra questi e l'attore si concordino domande per provvedimenti d'istruzione ed altri incidentali, non vi è difficoltà a che sia emanata ordinanza poichè il contumace non ne risente nessun pregiudizio; e dopo tutto egli subisce le conseguenze di uno stato che si presume volontario. Una eccezione dev'essere fatta quando il mezzo di istruzione riguardi *la persona del contumace* (interrogatorio, giuramento) essendo evidente la necessità che il giudice esamini il pregiudizio che gliene potrebbe derivare e il buon fondamento della domanda contro di lui proposta.

521. Nel procedimento sommario, le comparse che contengono proposte di mezzi di istruzione, e gli elenchi dei documenti comunicati non sono notificati al contumace (art. 5, capov., del r. d. 31 agosto 1901); mentre nel procedimento formale tali atti devono essere notificati mediante

affissione alla porta esterna della sede del tribunale (articolo 385, primo capov., del cod.). Le ordinanze devono essere notificate anche nel procedimento sommario, come si deduce dall'art. 7 del citato decreto di coordinamento. Per la notificazione dell'ordinanza di mutazione del rito, l'art. 10 del medesimo decreto richiama la disposizione del predetto art. 385, del quale invece non si fa menzione nell'art. 7; onde è da ritenere che le altre ordinanze si notificano al contumace nei modi prescritti per la citazione. Così, soltanto, c'è garanzia di effettiva partecipazione di esse a colui che si tiene assente dal giudizio.

L'art. 387 del codice vieta all'attore di prendere nel corso del giudizio contumaciale *conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto di citazione.* Ciò non esclude che egli possa restringere tali domande, non derivando da ciò veruna innovazione. Volendo prendere *conclusioni diverse*, potrebbe superare il divieto del testo, notificando al contumace l'atto che le contiene, nella forma stessa della citazione, e rinnovando la notificazione non fatta in persona propria.

522. Se la notificazione alla porta del tribunale basta per gli atti e le istanze delle parti, non può essere sufficiente rispetto alle sentenze ed agli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria, pei quali l'intimazione ha l'effetto di costituire in mora il convenuto a reclamarne nei modi e termini di legge. Giustamente si esige pertanto che ne avvenga la notificazione personale, cioè nelle forme stabilite per la citazione; esorbita invece da tal fine, e manca di ogni effetto utile l'altro precetto, scritto del pari nel citato articolo 385, pel quale s'impone *a pena di nullità* che le dette notificazioni siano eseguite da un usciere destinato di volta in volta dall'autorità giudiziaria che proferì la sentenza od il provvedimento, o da quella che fu all'uopo richiesta (1).

---

(1) Appunto perchè si tratta di una formalità senza ragione, preferiamo credere che la comminatoria di nullità non si debba estendere per analogia alle notificazioni delle sentenze di pretori o conciliatori eseguite senza preventiva delegazione di usciere, o da usciere non delegato. Trattandosi di causa commerciale, innanzi a tribunali, è prescritto nell'articolo 408 che la parte la quale fa notificare una sentenza

523. Il contumace ha sempre facoltà di comparire fin che il giudizio è pendente, vale a dire *fino alla sentenza definitiva* (art. 386 del cod.). *Fino alla sentenza*, significa: *fino alla pubblicazione della sentenza*, perchè essa non esiste legalmente fino a quando non sia pubblicata; e mancherebbe ogni garanzia se la esistenza di un atto segreto (quale è la sentenza non pubblicata) potesse essere affermata o negata, a talento di magistrati o cancellieri, nel momento in cui il contumace, forse incolpevole di negligenza, intende portare in giudizio le proprie difese. Diversa interpretazione era suggerita in passato dall'articolo 232 del regolamento generale giudiziario che stabiliva sospendersi *la prolazione* della sentenza per effetto della comparizione tardiva. Il citato articolo, già oggetto di varie censure, diventò incompatibile col sistema processuale instaurato dalla legge del 31 marzo 1901. Nelle discussioni parlamentari su questa legge fu espressamente riconosciuta la necessità di sostituire il detto testo con disposizione più razionale e acconcia alle nuove discipline. Perciò fu surrogato intieramente l'art. 232 del regolamento generale giudiziario con le norme dette nell'art. 49 del r. d. 31 agosto 1901, in cui è detto (primo capov.) che, allorquando il contumace *si vale della facoltà concessa nella prima parte dell'art. 386 del codice di procedura civile*, il presidente *decreta la sospensione del giudizio* e assegna l'udienza in cui le parti dovranno nuovamente comparire. Questa disposizione è del tutto conciliabile con la interpretazione dell'art. 386 esposta dianzi; imperocchè *sospendere il giudizio* include anche sospendere l'ultimo atto che lo porta a compimento legale, cioè la pubblicazione della sentenza, quando solo quest'atto rimanga da eseguire.

---

contumaciale, se non ha domicilio nel comune in cui ha luogo la notificazione, debba eleggervelo *sotto pena di nullità*, indicando la persona o l'uffizio presso cui lo elegge; e se ve lo abbia deve dichiararlo nell'atto. Anche questa comminatoria di nullità deve restringersi al caso per cui è dettata, cioè alle sentenze *dei tribunali* in materia commerciale. Di essa pure possiamo dire che è poco giustificabile, mirando ad assicurare una agevolazione al contumace in materia commerciale per la notificazione degli atti d'appello o di opposizione, mentre non si vede motivo per una disparità di trattamento in proposito tra la materia commerciale e la civile.

524. La comparizione tardiva si effettua in modo diverso, secondo che la causa sia, o non, passata allo stadio della deliberazione.

Se la istruzione o la discussione è tuttavia pendente, il contumace effettua la costituzione del procuratore all'udienza, nel procedimento ordinario, ovvero con notificazione di comparsa, se fu ordinato il procedimento formale (vedi il primo capoverso dell'articolo 10 del r. d. 31 agosto 1901). Può comparire anche innanzi al giudice delegato nel corso dell'istruzione, qualunque sia la forma del procedimento; ma se compare solo per rispondere a un interrogatorio o prestare un giuramento, e senza costituire procuratore, non si dirà cessata la contumacia; giacchè la presentazione ha lo scopo particolare di assicurarsi i vantaggi derivanti da quelle dichiarazioni giudiziali e prevenire il danno del silenzio (v. n. 392, 397), nè vi è accompagnata la costituzione del procuratore.

Se poi la causa è in decisione (dopo la discussione orale), è necessario che il contumace dia prova di seria intenzione di difendersi, per rendere giustificata la sospensione del giudizio. A tal uopo, il mentovato articolo 49 del regio decreto 31 agosto 1901 prescrive che egli debba depositare in cancelleria la comparsa conclusionale coi documenti e col mandato, quando questo occorre. Il presidente decreta, in fine della comparsa, la sospensione del giudizio, assegnando l'udienza in cui la causa dovrà essere nuovamente discussa. Il decreto è trascritto sugli esemplari della comparsa destinati alle altre parti, le quali potranno subito ritirarli dalla cancelleria, essendo obbligo del cancelliere far notificare a costoro, per biglietto, la riapertura del contraddittorio. Il cancelliere stesso riporta di ufficio la causa sul ruolo dell'udienza. Il contumace acquista la facoltà di esaminare in cancelleria gli atti e i documenti delle altre parti; queste, se non comunicano nuovi documenti, hanno diritto di far discutere la causa senza rinvii; e se intendono valersi di nuovi documenti possono uniformarsi alla disposizione dell'articolo 5 della legge (deposito preventivo) onde impedire il differimento della discussione.

Tali norme si osservano anche se nella causa fosse stato ordinato il procedimento formale, giacchè al punto in cui essa è giunta non vi è più ragione di presumere necessario l'uso di cautele speciali per la istruzione; d'altronde niente vieterà di ordinare nuovamente il rito formale se all'udienza se ne renda palese la utilità.

Gli effetti della comparizione tardiva sono determinati nell'art. 386 del codice. Il contumace deve subire le conseguenze del ritardo a difendersi, nel senso che non può insorgere contro le sentenze interlocutorie passate in giudicato; non può controdedurre la prova testimoniale, nè valersi della contraria sui fatti della principale, se i termini siano rispettivamente scaduti; non può purgare le conseguenze della mancata presentazione per rispondere a un interrogatorio o per giurare, se non giustifica un impedimento legittimo relativo al tempo stabilito per quegli atti. Ma gli è permesso di negare la verità della scrittura a lui attribuita, o di dichiarare che non conosce quella di un terzo, distruggendo così la presunzione di verità dello scritto privato, formatasi come conseguenza della contumacia (v. n. 444).

525. Nell'articolo 388 sta disposto che le spese della sentenza contumaciale, della notificazione di essa e degli atti ai quali ha dato luogo la contumacia, sempre che la medesima sia stata regolarmente verificata, sono a carico del contumace anche quando ottenga sentenza favorevole nel giudizio di opposizione o di appello, eccettuata in questo caso la tassa di registro sul valore della causa. Codesta disposizione ha l'aspetto di una pena della contumacia: ma in sostanza è perfettamente giuridica. Perchè il contumace vinca in appello o in sede di opposizione, occorre che egli fornisca prove le quali mancarono, per la sua assenza, al giudizio contumaciale, o che proponga eccezioni a cui non era tenuto il giudice di supplire d'uffizio. È dunque esclusivamente sua la colpa, se per fargli ottenere giustizia occorsero due stadî di discussione invece di uno solo. Però sarebbe più opportuno che la disposizione testè riferita fosse meno rigorosa, vale a dire, fosse lasciata ai giudici una qualche larghezza di discrezione nell'applicarla.

526. Esponiamo brevi osservazioni intorno al caso di contumacia dell'attore. La condizione perchè essa si verifichi è la non comparizione dell'attore e la comparizione regolare del convenuto all'udienza indetta dal primo, o fissata per via di abbreviazione dal secondo (articolo 1, capov. 2°, del r. d. 31 agosto 1901). Il convenuto, in questa ipotesi, ha diritto di ottenere l'*assoluzione dalle domande* avversarie, per il semplice e perentorio motivo che l'attore non comparso non fornisce prova, e che le domande mancanti di prova devono essere dal giudice respinte (n. 496). Tuttavia l'art. 381 lascia in facoltà del convenuto di chiedere l'assolutoria dalle domande o *dal giudizio*, della quale ultima è noto il ben diverso valore (v. n. 497). Taluni sono stati da questa disposizione tratti all'equivoco di ritenere che l'assolutoria *dalle domande* possa essere richiesta dal convenuto solo quando egli *provi* essere infondate le medesime; diversamente non essergli lecito di chiedere se non l'assolutoria *dal giudizio*. Questa interpretazione è respinta dai principii fondamentali del diritto giudiziario; se il codice lascia *facoltà* al convenuto di chiedere l'assolutoria dalle domande o dal giudizio, non pone altra condizione all'accoglimento di questa o quella istanza se non la dichiarazione di contumacia dell'attore. S'intende, adunque, che la scelta dipenda dall'interesse che può avere il convenuto a promuovere l'una o l'altra pronunzia. Sarebbe del tutto irrazionale che si accordasse una indulgenza ingiustificata a favore di colui che dopo aver provocato altri al giudizio non si presenta a sostenere la lotta. E sarebbe assurdo che si usasse trattamento migliore a chi non dà *nessuna prova*, di quello che si concede a chi, comparso in giudizio, tenta di darla e non vi riesce. Nell'un caso come nell'altro, *actore non probante reus absolvitur*. Parecchi codici (p. es. il napoletano, il ginevrino, il germanico) hanno semplicemente sancito che la contumacia dell'attore dà diritto al convenuto di far respingere le di lui domande.

È permessa al convenuto, in contumacia dell'attore, la proposta di domande riconvenzionali; ma egli deve, ed è giusto, farle notificare all'attore personalmente (capoverso

citato, art. 381, e art. 29 r. d. 31 agosto 1901). Nè dopo questa notificazione può variarle (capoverso art. 387). La procedura contumaciale e l'eventuale istruttoria si regolano del resto colle norme anzidette.

È quasi superfluo soggiungere che all'attore contumace non può mai competere il diritto di fare opposizione alla sentenza, poichè ciò sarebbe inconciliabile con la natura di questo rimedio, accennata superiormente. Ciò dicasi anche pel caso in cui l'attore si renda contumace sulla citazione del convenuto per abbreviazione di termine, potendo però sempre far valere in appello l'eccezione di nullità che creda competergli contro questo atto, secondo le norme dell'art. 190.

TITOLO VII.

PROVVEDIMENTI DI CUSTODIA E CONSERVAZIONE
(SEQUESTRI)

527. A questo punto, avendo completato l'esame dello svolgimento normale delle liti avanti i tribunali, ci sembra opportuno tener parola della materia dei *sequestri*, la quale si presenta ora con l'aspetto di procedura incidentale ed ora con quello di procedura preliminare; e che ad ogni modo appartiene senza dubbio allo stadio del procedimento dichiarativo.

Due specie di sequestro conosce la legislazione italiana: il *giudiziario* ed il *conservativo*. Il primo è dato per provvedere alla *custodia di una cosa* mobile od immobile che forma o potrà formare, nella specie sua determinata, oggetto di controversia fra due o più persone; il secondo per *conservare il patrimonio* del debitore, costituente la garantìa dei suoi creditori, contro i pericoli di improvvisa scomparsa, sottrazione, o diminuzione, in pendenza degli atti di giudizio necessari perchè il creditore sia in grado di agire *esecutivamente* per la espropriazione del patrimonio medesimo.

Le due nozioni sono tra loro ben distinte, e differenti sono le regole pei due istituti dettate dalla legge. Vi è questa anomalìa deplorabile, che mentre pel sequestro conservativo possediamo norme processuali abbastanza precise, per quello giudiziario si è in grandissima parte costretti a brancolare nel buio a causa del silenzio della legge. Onde infinite controversie e dispareri sempre vivi fra gli interpreti e nella giurisprudenza.

528. Parliamo del sequestro giudiziario in primo luogo. Quali siano i casi nei quali vi si può procedere lo determinano gli articoli 1875 del cod. civ. e 921 di quello di

procedura. Il codice civile riconosce nell'autorità giudiziaria la *facoltà* di ordinare il sequestro: 1° di un immobile o di una cosa mobile la cui proprietà od il cui possesso *sia controverso* fra due o più persone; 2° delle *cose* che un debitore offre *per la sua liberazione*. Il codice di procedura aggiunge: che *può* essere ordinato, sulla domanda della parte interessata, il sequestro di una cosa mobile o di un immobile, quando siavi *pericolo* di sottrazione, alterazione o deteriorazione.

529. Intorno alla forma in cui si propone la domanda di sequestro giudiziario *in pendenza di lite*, non vi fu dissenso nel ritenere, malgrado il dissenso della legge, che fosse quello delle istanze incidentali, in relazione al sistema del procedimento formale. Reso ora eccezionale quel sistema, ma esteso al procedimento sommario l'istituto delle istanze incidentali, era logico escludere ogni dubbiezza circa il modo in cui potranno per l'avvenire essere proposte le dette istanze. E perciò nel primo alinea dell'articolo 39 del regio decreto 31 agosto 1901 fu stabilito: « Le domande per provvedimenti conservatorii o interinali, compresi i sequestri giudiziari, quando vi sia lite pendente, possono essere proposte nel modo stabilito dall'art. 181 del codice di procedura civile ».

Quando *vi sia lite pendente*, va inteso anche se la causa non è iscritta a ruolo, e non si trova quindi in istato di essere trattata all'udienza, o quando sia decaduta per qualunque motivo l'iscrizione a ruolo. Se la causa è sul ruolo, la domanda potrà essere proposta all'udienza, seguendosi la norma dell'art. 12 della legge 31 marzo 1901.

In altre parole, il sequestro sarà ordinato dal presidente sul consenso delle parti, o, *malgrado il dissenso*, *nei casi di urgenza;* occorre sentenza, invece, quando vi sia dissenso nei casi ordinari, o reclamo dall'ordinanza proferita d'urgenza.

530. La ipotesi *che non vi sia lite pendente* riguarda soltanto il caso di sequestro giudiziario contemplato nel codice di procedura civile, imperocchè il primo caso dello articolo 1875 del codice civile suppone la pendenza di lite, e il secondo caso è regolato dagli art. 905, 908 del codice di procedura. È per il caso dell'art. 921, se non concorra

la condizione della pendenza di lite, possibile anche in esso, che sollevansi i dubbi. Noi osserviamo che quell'articolo, il solo che regoli la procedura del sequestro giudiziario, dichiara che il medesimo si può ordinare *sulla domanda della parte interessata.* La parola *domanda* ha un senso vago; ma quando consultiamo il linguaggio del legislatore vediamo essere da lui usata preferibilmente nel valore di *iniziamento d'una azione.* Ce lo conferma l'esame degli articoli 35, 36, 37, 38, tanto più influente, in quanto essi contengono *disposizioni generali.* Ora, scorrendo codesti articoli si legge categoricamente nell'articolo 37 che ogni *domanda* è proposta con atto di citazione, salvo che *la legge stabilisca un'altra forma;* e l'articolo 38 incalza col vietare che si statuisca sopra alcuna *domanda*, se non *sentita* o *debitamente citata* la parte contro cui è proposta, *eccettuati i casi determinati dalla legge.*

Nelle discipline che regolano il sequestro giudiziario (articoli 921, 922 e 923), non v'ha parola che deroghi alle disposizioni degli articoli 37 e 38. Vero è che nella sezione successiva furono introdotte derogazioni sensibili, precisamente con le regole processuali pel sequestro *conservativo.* Ma se il legislatore trovò di stabilire tali regole speciali in una sezione separata del codice e per un oggetto spiccatamente diverso, ciò obbliga a dire che *non volle* fare altrettanto riguardo al sequestro giudiziario. In questo punto consiste tutta la sostanza del nostro dissenso dalla comune opinione che ammette la estensione analogica delle norme processuali del sequestro conservativo al giudiziario; fu il desiderio di riparare ad una supposta lacuna della legge che spinse l'interpretazione per questa via, accogliendo la massima che il sequestro giudiziario, nei casi dell'art. 921, possa essere conceduto sopra ricorso, *inaudita altera parte;* massima oggi predominante nella giurisprudenza. Merita nondimeno rilievo la considerazione che, salvo la forma del ricorso, tutte le altre disposizioni concernenti il sequestro conservativo male si prestano alla voluta applicazione analogica.

Aggiungasi, in linea esegetica, che gli art. 921 a 923 invece di far richiamo alle forme del sequestro conserva-

tivo, rinviano a quelle sulla esecuzione per consegna di mobili o rilascio di immobili, che impongono fra l'altro (art. 745) la citazione dell'altra parte perchè sia presente alla operazione. Di più, l'art. 922 fa l'ipotesi che le parti *concordino* la nomina del sequestratario, e in caso diverso la deferisce all'autorità giudiziaria, che può preferire quella delle parti che offra maggiori garanzie, o sia disposta a prestare cauzione. Ciò indica che la legge ***vuole il contraddittorio;*** se poi la legge sia buona o cattiva, è esame che trascende i confini della sua ermeneutica.

Concludendo, nei casi in cui ***non vi sia lite pendente***, si deve domandare il sequestro giudiziario mediante citazione e discuterne colle norme di rito comuni. Questo è il modo d'interpretare la legge che a noi sembra più corretto.

531. Poco ci rimane a dire. Ordinato il sequestro è necessaria la scelta di un sequestratario, il quale può anche avere il còmpito di un vero amministratore. Della scelta, se le parti non si accordano, è arbitro il magistrato, che può farla cadere anche su quello dei litiganti che si dichiari disposto a prestare cauzione, o che nelle sue condizioni di moralità, di censo, od altre, offra maggiori gnarentigie (articolo 922).

Per eseguire il sequestro ordinato, occorre il ministero dell'usciere, coll'intervento del quale si fa consegna della cosa mobile o dell'immobile al sequestratario; le norme da seguire all'uopo in quanto applicabili, sono quelle che nel seguente libro vedremo stabilite per l'esecuzione forzata per consegna di mobili o rilascio di immobili (articolo 923).

532. Il *sequestro conservativo,* destinato a rappresentare una forma *preventiva* di applicazione del principio cardinale di diritto consacrato nell'articolo 1949 del codice civile, costituisce una non lieve limitazione all'esercizio del diritto di proprietà; laonde i casi nei quali la legge permette di attuarlo devono essere intesi tassativamente e restrittivamente. Li troviamo indicati nell'art. 924: « Il creditore che abbia *giusti motivi* di *sospettare della fuga* del suo debitore, di *temere sottrazioni*, o sia in *pericolo di perdere le garantie del suo credito*, può domandare il sequestro dei beni mobili spettanti e delle somme dovute al debitore medesimo, se

la legge non ne vieti il pignoramento ». Il sequestro conservativo non fu applicato agli immobili; questi non sono minacciati, in generale, dai pericoli considerati nel citato testo, almeno con quella rapidità con cui può esserne colpito lo stato del patrimonio mobiliare. La legislazione austriaca ha in vigore però anche una specie di sequestro conservativo sui beni immobili, consistente nell'istituto della *prenotazione ipotecaria.* In un certo senso, e nei limiti in cui funziona, si può attribuire carattere consimile alla separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, ammessa dal codice civile.

533. Chi domanda un sequestro conservativo deve giustificare il concorso di circostanze che autorizzino a concederlo. Ma la legge ha avvisato che allorquando tali circostanze sussistono, è necessario di far presto a porre riparo ai loro effetti, perchè non divengano insanabili. Onde stabilì un rito speciale, razionalmente concepito, il quale si divide in due periodi, l'uno d'*esecuzione* preventiva, l'altro di *esame.* Prima si provvede, poi si giustifica il provvedimento; questa inversione dell'ordine consueto è imposta dalla finalità della domanda. Il primo periodo costituisce un procedimento incidentale, che precede la domanda in contraddittorio, come è richiesto dalla sua finalità.

Pertanto, chi vuole ottenere un sequestro conservativo ne propone istanza mediante *ricorso motivato;* se non può produrre documenti in appoggio, indicherà al giudice il modo di procacciarsi *sommarie informazioni* sulla verità dei motivi esposti (art. 925). Perchè gli indugi siano ridotti al minimo, il pretore del luogo dove il sequestro è da eseguire ha competenza a concederlo *per qualunque valore* (art. 926). Egli è anche più spesso in grado di sincerarsi sollecitamente sulla legittimità della domanda.

Ma non è *esclusiva* la competenza di questo magistrato. Anche il pretore od il presidente del tribunale competente a conoscere *della causa principale,* possono concedere il sequestro. La *causa principale* a cui allude la legge (capoverso del citato articolo) è quella che deve riflettere il pagamento o la liquidazione del credito a garanzia del quale si chiede il sequestro. Suppone però il testo che la causa non

sia ancora pendente; se lo è, *soltanto* il pretore od il presidente del tribunale o della corte, rispettivamente investito di essa, può accordare il sequestro conservativo. Sembrò che codesti magistrati siano posti in migliori condizioni d'ogni altro, quando vi sia lite pendente, per apprezzare la domanda. Ma è forse una sottigliezza inopportuna. La stessa legge (art. 927) fu costretta, subito dopo aver posta questa regola, a derogarne *pel caso d'urgenza*, riconoscendo ancora la competenza del pretore del luogo del sequestro (quand'anche sia sede di tribunale o di corte); e quale sarà mai il sequestro conservativo *non urgente?*

534. Per crediti non superiori a cento lire sarà competente il conciliatore? Crediamo indubitabile tale competenza, benchè l'art. 926 nel primo alinea dia competenza al pretore *per qualunque valore.* Questa espressione va interpretata con riguardo al capoverso dello stesso articolo che estende *in ogni caso* la competenza al pretore e al presidente del tribunale competenti a conoscere della causa principale, e al testo immediatamente successivo (art. 927) che contemplando l'ipotesi di causa già pendente non considera la pendenza del processo se non in pretura, o in tribunale, o in corte d'appello. E non può esservi processo pendente dinanzi al conciliatore? Pare manifesto che questo caso la legge non abbia preveduto; e ciò si spiega per la tenuissima competenza attribuita dal codice al conciliatore; era quasi impossibile che si ricorresse al sequestro per minimi crediti, data anche la possibilità di avere la sentenza *ad horas.* Ma oggi che la competenza del conciliatore è aumentata, non si può negare con serie ragioni la sua podestà di ordinare un sequestro conservativo:

1° perchè si tratta di un *incidente preventivo* del giudizio di conferma; e di regola sta sulle istanze incidentali la competenza del giudice della causa principale;

2° perchè al silenzio della legge si deve supplire con la applicazione dei principii che governano materie analoghe; e la legge del 1892 ha ammessa la competenza del conciliatore nella sede esecutiva;

3° perchè la domanda di sequestro conservativo è esercizio di semplice azione personale, non derivando dalla

esecuzione di esso verun diritto reale, nè fondandosi tale domanda sul presupposto di verun diritto di questa specie.

535. Attesa la gravità del provvedimento di cui si tratta e la naturale incertezza che rimane in certi casi circa la sua legittimità, il giudice che ordina un sequestro conservativo può, secondo le circostanze, imporre al sequestrante l'obbligo di dar cauzione in somma determinata, a garantìa del risarcimento dei danni, per il caso che il sequestro fosse dichiarato ingiusto. È però sempre dispensato da cauzione chi agisce in virtù di un credito privilegiato sulle cose da sequestrarsi, poichè in tal caso il privilegio medesimo somministra la garantìa voluta dalla legge (articolo 928). La cauzione dev'essere *idonea*, e se il ricorrente la propone nella domanda per sequestro, il decreto di autorizzazione pronunzia anche sulla sua ammissibilità. Niun reclamo è conceduto rispetto alla cauzione. Il sequestro non può eseguirsi se la cauzione ordinata non sia prima effettivamente costituita (art. 929).

536. Un punto nella pratica controverso è quello che concerne l'ammissibilità di reclamo contro il decreto che ricusi l'autorizzazione a sequestro. Ad avviso nostro non è possibile verun reclamo; ma poichè il rifiuto dev'essere motivato dalla insufficienza delle dimostrazioni addotte, è sempre permesso di riproporre la domanda, corredandola di più efficaci motivi o di migliori dimostrazioni.

537. Per la esecuzione del sequestro conservativo, la legge si richiama alle regole fissate per il pignoramento (art. 930). E noi pur rinviamo il discorso sull'argomento al terzo libro (v. vol. II, n. 824 e seg.). Ci basti notare che il sequestro conservativo presso il debitore si effettua dall'usciere mediante *processo verbale*, nella casa del debitore, coll'assistenza di due testimoni e colla nomina di un custode. Il sequestro presso terzi consiste invece nella *notificazione* al terzo *di un atto d'usciere*, col quale lo si diffida a non disporre delle cose presso lui sequestrate senza ordine di giustizia (v. vol. II, n. 851 e seg.).

538. Dopo l'esecuzione, si discute sulla legittimità del sequestro. Può dubitarsi se fosse stato migliore sistema quello di ordinare la discussione in contraddittorio solo

quando la promovesse entro un termine conveniente il debitore, non acquetandosi al sequestro eseguito. Il codice fa obbligo invece al creditore sequestrante di prenderne egli stesso sempre la iniziativa, sotto pena di decadenza dal sequestro. All'uopo deve citare in giudizio il debitore, facendogli notificare insieme la copia del ricorso e del decreto di sequestro, nonchè dell'atto di cauzione se vi sia stato; la citazione contiene l'istanza di *validità e conferma del sequestro;* potrà contenere anche la domanda di vendita degli oggetti sequestrati pei quali vi sia pericolo di deterioramento (art. 931).

Il termine per far eseguire le dette notificazioni è *perentorio;* ed il suo inutile decorrimento rende privo d'effetti il sequestro (art. 933). Esso è di *tre giorni* dalla data della esecuzione del provvedimento, se questa ebbe luogo nello stesso mandamento in cui deve farsi la notificazione. Se deve farsi invece nel territorio di altro mandamento, tribunale, o corte d'appello, si applicano, a norma dei casi, i termini degli articoli 147, num. 3, 4, 5, e 148, num. 4 e 5 (capoverso primo, citato art. 931).

539. La competenza a pronunziare sulla validità e conferma del sequestro od eventualmente sopra la sua rivocazione) è attribuita (art. cit., capoverso secondo) alla autorità giudiziaria *del luogo del sequestro* competente per *materia* e *valore.* Quindi la domanda non si considera mai *accessoria* a quella di pagamento, a sensi dell'art. 99, quando pure il sequestro conservativo sia chiesto ed autorizzato in pendenza di lite; ciò non è molto lodevole dal momento che il conciliatore, il pretore, o il presidente del collegio dinanzi a cui verte la domanda di pagamento, è abilitato a ordinare quel sequestro. Ma il legislatore reputò di dover accordare al debitore una maggiore garanzia, sottoponendo al controllo del magistrato locale la verificazione degli estremi necessari per legittimare il provvedimento. È superfluo soggiungere che, se la domanda di pagamento pende dinanzi al giudice del luogo dove fu eseguito il sequestro, le osservazioni che precedono cessano di essere applicabili. Quanto alla determinazione del *valore*, sappiamo già dall'art. 75, n. 1, che essa ha per base la somma del credito del sequestrante.

È da ritenere commerciale o civile la causa per conferma di sequestro, secondo che il credito per la guarentigia del quale si è proceduto sia dell'una o dell'altra specie, salvo quanto diciamo qui appresso riguardo al sequestro di nave.

È possibile che la stessa autorità giudiziaria competente *per territorio* a conoscere della conferma del sequestro, lo sia anche per la domanda di pagamento non ancora spiegata. In questa ipotesi è permesso di proporre tale domanda nella citazione per conferma, sempre che il credito sia esigibile (capov. ult. art. citato). Accenniamo solo alla competenza *per territorio*, poichè, dalle cose dette ora, risulta che, rispetto *al valore*, le regole di competenza sono identiche per l'azione di pagamento e per quella di conferma del sequestro (v. art. 936).

540. Regole particolari circa la competenza ed il procedimento sono date dal codice di commercio rispetto al sequestro di nave. Basti qui accennarle. Dopo l'abolizione dei tribunali di commercio non ha più importanza, se non per alcune forme del rito, la regola che il giudizio di conferma è sempre commerciale, anco se il credito sia civile (art. 869, n. 2, del detto codice). È inoltre prescritto che non si possa sequestrare una nave pronta a partire (art. 881); e che, effettuato il sequestro, possano essere autorizzati nello interesse dei creditori uno o più viaggi della nave (art. 882). Queste due disposizioni suscitano gravi dispute, attinenti però allo studio del diritto commerciale.

541. Seguitando a dire del procedimento ordinario per la conferma del sequestro conservativo, sono da indicare le regole speciali proprie a quello eseguito presso terzi. La citazione fatta al debitore deve essere notificata più tardi al terzo (art. 932), non già perchè egli abbia a comparire nel giudizio di conferma, ma solo perchè ne possegga notizia e sappia così che la procedura ha il suo legale proseguimento. La omissione di simile formalità è pur essa cagione di decadenza (art. 933). Inoltre al terzo deve essere notificata la sentenza che conferma il sequestro. Quando poi essa sia passata in giudicato, il terzo può essere citato innanzi al conciliatore o al pretore del suo domicilio perchè faccia dichiarazione delle somme o delle cose che detiene (art. 937).

A questa parte del procedimento servono e sono comuni tutte le regole che dovremo altrove spiegare per il pignoramento presso terzi (v. vol. II, n. 855 e seg.); onde non giova anticiparne il discorso.

È inesatta l'opinione che la conferma del sequestro conservativo eseguito presso il debitore lo tramuti di diritto in un pignoramento. Per confutarla basta osservare che il sequestro può essere autorizzato e confermato per un credito non ancora esigibile e perfino illiquido, condizionale, od eventuale; il pignoramento invece ha per condizioni la certezza e liquidità del credito e il possesso di un titolo esecutivo. Bensì è vero che la formalità del pignoramento, dato il concorso di tali condizioni, riesce superflua quando esiste il sequestro; nel quale caso basta la intimazione del precetto e la compilazione di un verbale di semplice ricognizione del sequestro, all'effetto di convertirlo in pignoramento.

542. Scopo del sequestro conservativo essendo la garanzia del credito, la legge vuole che il debitore possa in qualunque momento farlo rivocare, prestando cauzione idonea e corrispondente al valore delle cose sequestrate (articolo 934).

Inoltre, avuto riguardo all'odiosità del provvedimento e al discredito che colpisce il debitore, parve giusto punire chi ottenne ed attuò un sequestro conservativo riconosciuto poi *senza causa* e *perciò* rivocato. Egli *può* essere condannato ad una multa estensibile a lire mille oltre il risarcimento dei danni (art. 935). I giudici apprezzeranno con prudente arbitrio, nei singoli casi, se e quanta colpa vi sia stata, per regolarsi nell'applicazione di questa comminatoria, potendo ben darsi che la revoca sia pronunziata in virtù di circostanze che escludano la colpa del creditore e quindi la di lui responsabilità pei danni. Questa non ha luogo nei casi di annullamento per inosservanza di forme processuali.

TITOLO VIII.

PROCEDIMENTO ORDINARIO DAVANTI I PRETORI

543. Il giudizio davanti i pretori si segnala per una singolare agilità di forme, non iscompagnata da efficace tutela della giustizia. Lo favorisce in tal senso l'opportunità maggiore che presta il procedimento innanzi a giudice singolo di svolgersi sotto l'immediata direzione del magistrato e quindi con minore apparato di esteriori solennità. Nel concetto della legge predomina l'oralità della discussione, in forma diversa però da quella ammessa presso i tribunali; ma in taluni casi la trattazione scritta ha un uffizio importantissimo. Il codice è sobrio in questa parte nel dettare regole e riti; per tutto quello che tace, esso rimanda (articolo 447) a *prendere norma* dalle disposizioni relative al procedimento avanti i tribunali. Prendere norma non vuol dire uniformarsi rigorosamente; e quindi non si possono considerare in massima applicabili le sanzioni di nullità o di decadenza che sono dettate con esclusivo riguardo agli atti e giudizi di competenza dei tribunali.

544. Delle forme dell'atto di citazione non è a parlare, non essendovi veruna deroga alle regole comuni; il rito è qualificato *sommario* dall'art. 155, capov. secondo; quindi la citazione è sempre a udienza fissa; e il convenuto può abbreviarne il termine a norma dell'articolo 1 della legge 31 marzo 1901. Alle parti è data facoltà di presentarsi personalmente o per mezzo di procuratore o mandatario (1);

(1) Vedasi in proposito quanto fu esposto al n. 51, testo e nota, circa le norme sul patrocinio davanti i pretori, dettate nella legge 7 luglio 1901. Aggiungasi che oltre i mandatari di professione, legalmente abilitati, possono comparire come rappresentanti delle parti, giusta l'art. 10 della citata legge, il coniuge, i parenti in linea retta

in questo secondo caso il pretore ha diritto di ordinare che compariscano in persona, per rispondere a quanto egli creda utile di domandare, davanti a lui od al pretore del luogo di loro residenza, all'uopo richiesto; ed i fatti sopra i quali saranno sentite devono essere opportunamente specificati (art. 446).

Nell'udienza indetta per la comparizione l'attore presenta al pretore la citazione, o, se le parti compariscono volontariamente, espone la sua domanda; presenta insieme i documenti sui quali la appoggia, offrendoli in comunicazione al convenuto; elegge o dichiara il domicilio, oppure dichiara la residenza, se non l'abbia fatto in citazione. Il convenuto, nella stessa udienza, elegge o dichiara il domicilio o la residenza al medesimo modo dell'attore e deduce, anche oralmente, la risposta. Il pretore può concedergli rinvio ad altra udienza per fare la risposta e presentare i documenti che gli occorrano a difesa (art. 415). Il rinvio della causa dalla prima ad una seconda udienza può essere ordinato d'uffizio, se non sia presente una delle parti e consti al pretore che essa sia impedita *per forza maggiore o notoria*. Può parimente essere ordinato nel caso d'assenza del convenuto, se *in qualunque modo* il giudice sia informato ch'egli non potè avere notizia della citazione. Nella quale ipotesi il pretore ordina insieme al rinvio la rinnovazione della citazione per l'udienza destinata (art. 442).

545. In questi giudizi il cancelliere compila un vero e proprio processo verbale dell'udienza, distinto per ciascuna causa (art. 416). Nel processo verbale della prima udienza si riferiscono le dichiarazioni di residenza o domicilio, o le elezioni di domicilio, fatte verbalmente; si fa menzione dei mandati, se le parti compariscano a mezzo di rappresentanti; si espongono le domande e difese dedotte oralmente. Con questo processo verbale viene iniziata la formazione di un

---

(muniti di mandato speciale o generale) ed in genere coloro che siano rivestiti della qualità di amministratori o di agenti in virtù di un mandato generale per tutti gli affari del mandante, rilasciato per atto pubblico, *almeno tre mesi innanzi l'inizio del giudizio*. Quest'ultima cautela, diretta ad impedire il patrocinio abusivo in forma mascherata, non riescirà forse sempre al suo scopo.

apposito fascicolo a cura e custodia del cancelliere, nel quale vanno inseriti mano a mano i successivi processi verbali della causa, compresi quelli delle prove, le ordinanze, i relativi rapporti dei periti, ecc. I documenti da ciascuna parte presentati nel proprio interesse, la citazione, le comparse di cui faremo cenno, si raccolgono da ognuno dei litiganti in un fascicolo proprio, consegnato al cancelliere dopo chiusa la discussione, e indi ritirato dopo la pubblicazione della sentenza (articolo 12 del regolamento per l'esecuzione della legge 11 gennaio 1880 ed art. 14 del regolamento per l'esecuzione della legge 29 giugno 1882; capov. dell'art. 421 del codice e art. 196 del regol. gen. giudiziario).

546. La risposta del convenuto può anche essere presentata in forma di comparsa, sottoscritta dalla parte o dal suo rappresentante; in questo caso si redige in doppio esemplare, che il pretore deve firmare, consegnandone uno all'attore, restituendo l'altro al convenuto; nel processo verbale ne vien fatto semplice cenno (art. 416). Il pretore, presa conoscenza della domanda e della risposta e sentite le ulteriori ragioni ed eccezioni delle parti, procura di conciliarle. Se la conciliazione abbia luogo se ne fa risultare da apposito verbale sottoscritto anche dalle parti (art. 417), le quali a tal uopo devono essere presenti in persona o per mezzo di mandatario speciale. Questo verbale ha forza di contratto, ricevuto da un pubblico uffiziale (il cancelliere) a ciò autorizzato. Per conseguenza potrà valere come un contratto ricevuto da notaio, anche per l'effetto della esecuzione forzata. Ciò è da ritenere in analogia alle regole vigenti per le composizioni stipulate dinanzi ai conciliatori (v. n. 582), essendo facile riflettere che dinanzi al pretore non può avvenire conciliazione che sopra una controversia la quale sta nei confini della di lui competenza; e perciò il processo verbale relativo prende il posto della sentenza.

Se non riesca la conciliazione, possono essere chiesti e dal pretore accordati uno o più rinvii, per la presentazione di comparse (risposte, repliche, controrepliche, ecc.), o per la deduzione orale delle istanze o difese ulteriori, che vengono registrate in tal caso nei processi verbali delle udienze (art. 418). La comunicazione dei documenti può aver luogo

per mezzo di *copie*, se si tratti di scritture originali; le copie comunicate devono però prima venir verificate dal pretore sugli originali, col concorso del cancelliere, in presenza delle parti; il pretore firma l'originale e la copia (articolo 419).

547. Se il convenuto voglia chiamare in causa un garante, deve dichiararlo nella *prima risposta* (non *nella prima udienza*, se in questa si limiti a chiedere rinvio); il pretore gli accorda un termine, e destina nuova udienza. Se la dichiarazione non sia fatta nella prima risposta, la causa di garantìa rimane separata dalla principale: lo stesso ha luogo se la citazione del garante non si eseguisca nel termine stabilito (art. 422).

548. Chi abbia interesse nella causa può intervenirvi fin che non sia dal pretore dichiarata chiusa l'istruttoria (v. n. 553). Così, fino a tale momento una delle parti può promuovere l'intervento coatto del terzo a cui creda comune la controversia; in tal caso deve farne dichiarazione nel processo verbale, ottenendo dal pretore l'assegnazione di un termine per la citazione del terzo (art. 423).

549. Sulle proposte delle prove, in genere, se fra le parti non vi è controversia, il pretore provvede all'esecuzione con *ordinanza;* se sorgono controversie in proposito, ne decide con sentenza. Perciò è da ritenere che l'ammissione della prova con ordinanza possa farsi anche nel caso della contumacia di una delle parti (arg. art. 424). Il procedimento essendo sommario, la discussione di qualunque incidente è sempre unita a quella del merito, a meno che le parti si astengano concordemente dal trattare di questo. In particolare poi, riguardo alle singole specie di prove, si osservano le norme qui appresso indicate, dovendosi inoltre ricordare che è permessa la delegazione di altro pretore quando ne faccia bisogno (art. 434).

Dei processi verbali delle udienze e delle prove, delle relazioni di periti, ecc., la parte che intende valersene non è tenuta ad offrire copia in comunicazione nel giudizio, servendo tanto alla discussione fra i contendenti come all'esame del magistrato gli originali raccolti nel fascicolo di cui si è già detto (art. 435).

550. Gli interrogatorii sono proposti oralmente o per iscritto. Se l'ammissione non è contestata, il pretore assegna l'udienza per eseguirli, o vi fa luogo immediatamente se la parte da interrogare si trovi presente. Occorrendo di ammettere con sentenza una prova stata proposta oralmente, è cura del pretore articolare con precisione i fatti che ne formeranno oggetto (art. 424).

Il giuramento decisorio si deferisce dalla parte personalmente, o all'udienza, o colla sottoscrizione della comparsa; può anche essere proposto a mezzo di mandatario speciale. La formola deve essere precisata dal proponente; se la propone oralmente, sarà ridotta in iscritto nel processo verbale dell'udienza. La parte a cui è deferito può chiedere termine per fare osservazioni sulla formola o sull'ammissione del giuramento; e il pretore deve stabilire d'ufficio codesto termine se essa non è presente (art. 425). Pertanto, se alla nuova udienza la parte accetta la delazione, o tace, il giuramento può essere ammesso con ordinanza, come già abbiamo detto.

La prova testimoniale è proposta pure per iscritto od oralmente; in quest'ultimo caso, nella sentenza o nell'ordinanza che l'ammette, il giudice determina i fatti da provarsi (art. 426). La citazione dei testimoni è fatta di regola per biglietto; ma se risiedano nel comune l'usciere può invitarli verbalmente a comparire nel giorno dell'esame; del che, sovra sua attestazione, si farà cenno nel processo verbale dell'esame (art. 427).

Per esaminare testimoni, per l'interrogatorio, il giuramento, ecc., il pretore fissa, nell'ordinanza o nella sentenza, l'udienza in cui deve compiersi l'atto d'istruzione (art. 420). Questa disposizione ha decisiva importanza per risolvere una questione a lungo dibattuta, se cioè la prova testimoniale davanti il pretore sia soggetta al termine perentorio di cui nell'art. 232. La più autorevole giurisprudenza è ormai ferma nel concetto che la prova debba essere eseguita nel giorno, o nei giorni, che il pretore all'uopo destina; e così la prova contraria, senza riguardo all'osservanza del termine di trenta giorni prefisso con la citata disposizione. Si dovrà quindi stimare legittima anche la proroga determinata a

discrezione del giudice, sia d'uffizio o sia per istanza di parte, non essendovi divieto nella legge. Considerando però che il capoverso dell'art. 418 dichiara in genere non potersi i termini prorogare che una volta soltanto, conviene ritenere che una *seconda proroga* non possa essere accordata se non nelle condizioni previste dal capoverso dell'art. 47. Questa soluzione a parer nostro è la più semplice e corretta ed armonizza perfettamente col sistema generale del giudizio davanti le preture.

Quanto alla prova contraria su fatti nuovi, può dirsi pacifica l'inapplicabilità del termine stabilito nell'art. 229; essa, come ogni altra istanza, deve essere proposta alla udienza: vale a dire, o nell'udienza medesima in cui è proposta la prova principale, ovvero in quella a cui la causa sarà stata rinviata su domanda dell'interessato che intende proporla.

551. Disponendo una perizia, il pretore stabilisce anzi tutto, nell'ordinanza o nella sentenza, il giorno per il giuramento del perito. Se questi, dietro invito privato della parte più diligente, non si presenti, è citato nella forma stabilita pei testimoni; e se malgrado ciò ancora non si presenti, ne vien nominato un altro. Nel dì della prestazione del giuramento il pretore dà comunicazione al perito della sentenza o dell'ordinanza con cui è stata disposta la prova. La relazione del perito è fatta oralmente o per iscritto, secondo che il pretore abbia stabilito. Nel primo caso il pretore destinerà l'udienza in cui deve farsi, nel secondo il perito la deposita in cancelleria seguendo le norme che il giudice avrà determinate (art. 128). Sebbene il testo parli di *perito*, non si può escludere che sia lecito, col consenso delle parti, formare un collegio di periti.

L'accesso giudiziale è ordinato quando convenga, secondo le norme già note: se vi faccia mestieri l'assistenza di un perito si applicano alle operazioni del medesimo le regole testè indicate (art. 429).

552. Per la verificazione delle scritture, previo deposito nella cancelleria del documento, si procede nelle forme stabilite per l'analogo incidente davanti i tribunali (art. 430). Per la querela di falso, è richiamata dall'art. 431, la dispo-

sizione all'art. 406 (v. n. 486). Se vi è da discutere su un rendiconto il pretore può rimettere le parti innanzi ad un arbitro conciliatore (art. 432), come fu detto al n. 484: tale provvedimento qui è ammesso anche nelle materie civili.

553. Quando il pretore ravvisi la causa *sufficientemente istruita*, o la parte cui spetterebbe di rispondere dichiari di non aver altro a dire, si chiude il contraddittorio per far luogo alla sentenza, la quale può essere pronunziata nella stessa udienza della chiusura od in altra prossima, all'uopo stabilita dal giudice (art. 421). In questo caso il differimento non potrà aver luogo oltre la quarta udienza (articolo 197 regolamento giudiziario).

La disposizione dell'art. 421 che rimette al pretore di riconoscere se la causa sia sufficientemente istruita, gli conferisce implicitamente la speciale facoltà di riaprire il contraddittorio anche se le parti abbiano consentito alla chiusura, qualora dallo studio degli atti egli rilevi il bisogno di istruzione ulteriore. Dovrà per altro deliberare su ciò mediante *sentenza*, affinchè sia possibile alla parte che se ne ritenga gravata di interporre appello.

554. Per la deliberazione e la redazione della sentenza del pretore sono dettate poche e semplici discipline; il che, se da un lato è d'intuitiva ragione trattandosi di giudice singolo, dall'altro autorizza a credere che non possa mai farsi luogo ad annullamento di tale sentenza, mancandone comminatoria nella legge. Troviamo invece semplicemente stabilito che il pretore pronunzia la sentenza e la sottoscrive insieme al cancelliere il quale poi la pubblica (vedi art. 366) alla udienza stabilita (art. 436 e 437). È ancora più anomalo qui nell'art. 436 che nell'art. 157 vedere minacciate pene disciplinari al cancelliere *che ha firmata la sentenza*, se trattandosi di causa commerciale non ne è fatta menzione nell'intitolazione, mentre niuna parte è riserbata dal codice o dal regolamento al cancelliere della pretura, nella compilazione della sentenza.

555. Il principio che la notificazione sia il solo mezzo per portare la sentenza a legale notizia delle parti non vale rispetto a quelle dei pretori. Dispone il citato art. 437 che, se la pubblicazione avvenga *alla presenza personale di tutte*

le parti, essa tiene le veci di notificazione. Ciò per l'effetto di far decorrere i termini utili al reclamo in appello od altrimenti. La chiara significazione del testo stabilisce fuori da ogni dubbio: 1° che la presenza dei procuratori non produce il risultato della notificazione; 2° che se una od alcuna delle parti soltanto sia presente in persona, non vi ha notificazione per nessuno; 3° che se più sono gli attori od i convenuti, ecc., occorre la presenza personale di ciascun attore e di ciascun convenuto, ecc., senza di che non v'ha per nessuno notificazione. L'atto di pubblicazione deve contenere la menzione se tutte le parti siansi trovate presenti personalmente e ne fa piena fede.

Se non sia surrogata a questo modo, la notificazione si eseguisce nelle forme ordinarie (v. n. 502); il luogo in cui la si effettua è quello dichiarato od eletto come residenza o domicilio in principio di causa (v. n. 544); qualora non sia stata adempiuta tale formalità, la notificazione si compie mediante affissione per opera dell'usciere della copia della sentenza alla porta esterna della sede della pretura (citato art. 437).

Nella sentenza è fatta la tassazione delle spese, rispetto alle quali valgono in genere le regole degli articoli 370 a 374. La liquidazione degli onorari è fatta in base alle norme stabilite nel titolo II della tabella annessa alla legge 7 luglio 1901.

556. Delle ordinanze che occorrono in corso di giudizio abbiamo fatti ripetuti cenni. L'art. 438 stabilisce in via generale che questi provvedimenti sono scritti di seguito nel processo verbale dell'udienza e sono pubblicati come le sentenze; la pubblicazione tiene le veci di notificazione anche se le parti *non siano personalmente presenti;* il che significa bastare la presenza dei loro rappresentanti, non già valere per notificazione la pubblicazione fatta *in assenza delle parti e dei loro rappresentanti insieme.*

Però, soggiunge il testo citato, se si tratti di ammissione di un interrogatorio o di un giuramento, l'ordinanza dev'essere notificata alla parte che dovrà in forza di essa presentarsi a rispondere o giurare; se essa siasi trovata presente *in persona* alla pubblicazione, non occorre altrimenti che le sia notificata.

557. La contumacia si accerta all'udienza, salva la eccezionale disposizione dell'art. 442 ricordata nel precedente n. 544. Se i convenuti siano parecchi, devesi osservare la regola dell'art. 382 nel caso di non comparizione d'alcuno fra quelli non citati in persona. E quindi viene rinviata la udienza ad altro giorno che il pretore destina. Si provvede così anche quando vogliasi rinnovare la citazione allo scopo facoltativo di prevenire l'uso della opposizione (v. n. 517). In una ipotesi come nell'altra, tiene luogo di nuova citazione al contumace la notificazione che gli sia fatta, nel termine stabilito dal pretore, di copia del processo verbale d'udienza, contenente l'ordinanza di rinvio (art. 440 e 441). Alla contumacia dell'attore si applica l'art. 381 (v. n. 526).

TITOLO IX.

AZIONI POSSESSORIE E DI NUNCIAZIONE

558. Dell'importantissimo tema da cui si denomina il presente titolo noi parliamo soltanto dal punto di vista della procedura, rispettando completamente i dominii del diritto civile, nei quali ha bisogno di compiere diligenti escursioni chi voglia acquistare intorno alle azioni possessorie conoscenza precisa e completa.

Ricordiamo in primo luogo quanto dicemmo altrove circa la natura di queste azioni (n. 19), la giurisdizione esclusiva data sulle medesime ai pretori (n. 147), il tempo in cui devono essere esercitate *(ibid.)*, le norme della competenza per territorio (n. 168).

Due sono le specie delle azioni possessorie ed altrettante quelle delle azioni di nunciazione. Volendo tenere separato il discorso sulle due prime da quello intorno alle altre, accenniamo come gli art. 694 e 695 del codice civile riducono, sull'esempio del codice albertino, le molteplici azioni possessorie dell'antico diritto alle due classi della manutenzione e della reintegrazione. Colla prima si protegge la conservazione o il ricupero del possesso legittimo ed ultra-annuale, in qualunque modo molestato o violato, che sia relativo ad un immobile, o ad un diritto reale, o ad una universalità di mobili; mercè la seconda ricupera il possesso di una cosa mobile od immobile chi ne fu occultamente o violentemente spogliato, quali che siano il titolo e il tempo del possesso medesimo.

Le due azioni, aventi cause, oggetto e fini distinti, vestono qualità proprie e dissimili; però nei riguardi del procedimento sono sottoposte a regole comuni. Soltanto per le azioni di reintegrazione va tenuto conto di quanto

dispongono gli art. 696 e 697 del cod. civ. Il primo dei quali, pur prescrivendo la *citazione* della controparte, e senza deroga ai termini di comparizione, vuole che il giudice ordini la reintegrazione *sulla semplice notorietà del fatto* (prescindendo quindi dal rigore del procedimento probatorio normale), e *con la maggiore celerità di procedura,* fosse anche contro il proprietario della cosa. Il secondo, appunto in considerazione del carattere della reintegranda, la quale non è incompatibile con la *illegittimità* del possesso, ha cura di dichiarare che l'esercizio della medesima non esclude quello di altre azioni possessorie, da parte *di qualunque legittimo possessore.*

559. Il codice di procedura non indica per le azioni possessorie riti differenti da quelli per le altre cause stabiliti. La citazione si fa a udienza fissa, con termine abbreviato quando convenga; e a seconda delle circostanze si eseguiranno accessi, perizie, si sentiranno testimoni, ecc., istruendo e decidendo la lite colla rapidità che le conviene, ma senza decampare dall'osservanza delle forme ordinarie. Si eccettui l'ipotesi già indicata in cui il giudice sia in grado di provvedere per la reintegrazione in base alla *notorietà del fatto dello spoglio.*

Sono invece assai importanti le disposizioni sugli effetti della instaurazione del giudizio possessorio e sulle relazioni tra l'azione possessoria e la petitoria.

È principio da lungo tempo pacifico nella dottrina e nelle nostre leggi che il giudizio possessorio debba procedere affatto indipendente e separato dal petitorio, onde gli elementi del secondo non influiscano sul primo, turbandone l'andamento ed impedendogli di conseguire il suo scopo (1). Qualunque sia l'apprezzamento che la critica scientifica più moderna possa fare di questo antico dogma del diritto giudiziario, che la recente legislazione germanica non trovò meritevole del tradizionale ossequio votatogli, è chiaro che nel modo in cui è accolto nella legge, esso rende inammissibile l'esistenza simultanea, quantunque separata, dei

(1) È però ammessa la facoltà di produrre e discutere nel giudizio possessorio i titoli delle proprietà, in quanto questo giovi *ad colorandam possessionem.*

due giudizi, che sarebbero fra loro connessi per identità di persone e di cosa, ma che pur tuttavia non sembrano suscettibili di unificazione processuale, attesa la radicale diversità, talvolta l'antagonismo, degli scopi e della posizione rispettiva delle parti in ordine alla prova. Su questo ultimo punto è infatti da notare che se colui il quale sofferse spoglio o turbativa si limita a chiedere la tutela del possesso, egli non avrà bisogno di fornire veruna prova, oltre quella del possesso e del fatto violatore di esso; ottenuto l'intento aspetterà di piè fermo l'avversario sul terreno del petitorio dove toccherà a costui di produrre le prove rigorose e precise (l'antica prova *diabolica*) del diritto di proprietà. Se invece lo stesso spogliato o molestato vuole provocare l'avversario nel campo del petitorio, è su di lui che ricade l'obbligo di dimostrare la proprietà.

560. Pertanto, *chi ha istituito il giudizio petitorio non può più promuovere il giudizio possessorio* (art. 443). S'egli ha assunto l'onere di provare il suo diritto non può infatti ormai prevalersi della meno gravosa posizione in cui lo avrebbe collocato l'iniziamento dell'azione possessoria. Finito il giudizio petitorio, o per sentenza o per rinunzia all'azione, la questione possessoria diventerebbe poi inutile od insostenibile: ***inutile***, se l'attore ha ottenuta vittoria; ***insostenibile***, se per contrario è rimasto soccombente od ha rinunziato alla sua pretesa.

Il divieto dell'art. 443 contempla l'azione possessoria che avrebbe potuto essere iniziata nel tempo e per le cagioni che determinarono il giudizio petitorio. Suppongasi invece che pendente la causa petitoria si producano a danno dell'attore *fatti nuovi*, i quali turbino altrimenti il suo possesso o lo facciano vittima di spoglio violento o clandestino. Dovranno codesti arbitrii godere impunità, sotto il pretesto che pendente il petitorio non si fa luogo ai rimedi possessorii? Un simile concetto non sembra conforme a giustizia. Pur tuttavia essendo stabilita l'incompatibilità di coesistenza dei due giudizi per le ragioni di sopra enunciate, la legge, con accorto temperamento, qualifica codeste questioni possessorie dipendenti da *fatti posteriori* come *incidenti* del giudizio petitorio già istituito, e sottraendole alla speciale competenza del pretore, le rimette al giudizio del magistrato davanti

al quale pende la causa. Esso, col metodo della procedura incidentale, darà quei provvedimenti di indole precaria che saranno adatti alle emergenze (art. 444). Parve nullameno alla attenta considerazione del legislatore che da questo temperamento un danno potesse derivare, quello di non conferire bastante sollecitudine alla *reintegrazione* nel caso di attentato violento o clandestino. E però, sollecito principalmente della tutela dell'ordine, prescrisse che, nella ipotesi di uno di tali attentati sopraggiunto nel corso della causa petitoria, provveda il pretore *per la pronta reintegrazione*, e rimandi poi le parti avanti il giudice della causa principale (capov. art. cit.). Osserviamo, in primo luogo, che il testo non parla di *spoglio* ma di *attentato*, onde si può riferirlo anche ad atti di turbativa non consumati nella forma di spogliazione del possesso, purchè abbiano il requisito della violenza o della clandestinità. In secondo luogo, per definire la funzione qui attribuita al pretore, è da riflettere che il testo gli commette il potere di *reintegrare;* laonde il di lui ufficio sulla questione incidentale è esteso ad emettere un provvedimento definitivo, di carattere interinale, che duri, cioè, fino alla decisione definitiva del giudizio petitorio, essendo poi destinato a rimanere assorbito dalla sentenza che chiude questo giudizio, tanto nell'ipotesi che per conseguenza della medesima debba stare fermo, come nella contraria. Perciò, andando in opinione diversa da quella che esponemmo nelle precedenti edizioni, e che piacque ad altri commentatori, dobbiamo ritenere che la giurisdizione data al pretore su questo incidente sia diversa da quella conferitagli per provvedere sulle nunciazioni (v. n. 569). Nell'art. 444 si vuole che il pretore provveda « per la pronta reintegrazione » e indi rimandi all'autorità giudiziaria investita della causa principale; il che s'intende per la continuazione della medesima. Nell'art. 940 è disposto invece che il pretore dà sulla nunciazione « provvedimenti temporanei », seguìti dal rinvio delle parti all'autorità competente. Pertanto, sull'incidente di cui ora parliamo il pretore provvede con sentenza, non con ordinanza; e la sentenza sarà appellabile secondo le regole ordinarie. Questa soluzione è intrinsecamente buona, perchè col giudizio d'appello

si esaurisce senz'altro l'incidente possessorio; mentre se il tribunale ne conoscesse in sede di reclamo contro un'ordinanza dovrebbesi ammettere l'appellabilità della sua sentenza; cioè un triplice esame dell'incidente, in contrasto con lo scopo pratico della celerità voluto dal legislatore. Che poi la decisione del pretore sia appellabile non è da dubitare, visto che la legge non nega l'appello e che il pretore può cadere in errore o commettere ingiustizia, sia che accolga il reclamo possessorio o che lo respinga per considerazioni di fatto o di diritto.

561. Il convenuto in giudizio petitorio non è colpito dal divieto dell'art. 443. Ed è facile capire che il convenuto in petitorio può essere lo stesso possessore turbato o spogliato; laonde ha molta importanza il quesito se egli possa, malgrado il giudizio petitorio avviato dal turbatore o spogliatore, giovarsi contro costui dei rimedi possessorii. Rispondiamo colle seguenti parole della relazione Pisanelli, le quali gettano qualche luce nella oscurità lasciata dai testi del codice: « La negativa non può ammettersi in modo assoluto. Se il convenuto fu spogliato del possesso, il giudizio petitorio promosso dall'attore non può impedirgli nè ritardargli la reintegrazione nel medesimo; *spoliatus ante omia restituendus*. Però, se egli accetta il giudizio petitorio senza farvi opposizione, senza promuovere l'azione possessoria, non potrà successivamente ritornare sul proprio fatto col quale ha tacitamente rinunziato al benefizio del possessorio (1). Qualora il convenuto sia soltanto stato turbato nel suo possesso, ma gli atti turbativi continuino ancora nei loro effetti, per modo che possa tuttavia ridondargli un vantaggio dal giudizio possessorio, l'azione petitoria promossa dal turbatore non potrà impedirgli di far decidere anzitutto la questione possessoria davanti la autorità competente, salvochè v'abbia espressamente o tacitamente rinunziato. Negli altri casi, il giudizio petitorio viene naturalmente ad escludere il possessorio anche nei rapporti del convenuto; nè egli ha

(1) La *rinunzia tacita* si fa consistere, secondo l'opinione dei giuristi, nel fatto di avere contestata senza riserve la lite in sede petitoria. È pur da osservare che in pratica difficilmente occorre l'applicazione di queste regole.

motivo di dolersi di essere privato dell'azione possessoria, poichè in qualità di convenuto nel petitorio ne ha già il principale benefizio, cioè il discarico della prova ».

Del rimanente, la disposizione generale dell'art. 444 si riferisce per certo non meno al convenuto che all'attore; rimette cioè al giudice del petitorio la decisione in via incidentale sui reclami relativi al possesso *per fatti posteriori* alla domanda, qualunque delle parti sia reclamante.

562. Vediamo ora quale influenza abbia sull'azione *petitoria* la preesistenza del giudizio possessorio.

Il convenuto, l'autore cioè della turbativa o dello spoglio, non deve essere ammesso ad esercitare l'azione petitoria, fin che pende il giudizio sul possesso. Questa è logica e necessaria conseguenza del principio più innanzi enunciato. Soltanto dopo finito per recesso, perenzione o sentenza il giudizio possessorio, potrà il convenuto, se lo creda, promuovere il petitorio. Ma se la sentenza in sede possessoria sia stata a lui contraria, non avrà mercè di essa riacquistata la libertà di agire, se prima non le abbia data *esecuzione;* di siffatta regola la giustizia è più presto sentita che dimostrata: chi è riconosciuto colpevole di una violazione dell'altrui diritto non può, neppure per via indiretta, sottrarsi alle conseguenze della condanna a proprio carico pronunziata. È pertanto non meno equa che corretta la disposizione in questi sensi formulata nel primo alinea dell'art. 445.

Per altro non deve il vincitore del giudizio possessorio avere facoltà di eludere od inceppare il diritto che ha il soccombente di esercitare l'azione petitoria dopo l'adempimento dei suoi obblighi predetti. E gli ostacoli da parte del vincitore possono specialmente verificarsi, quando — come avviene nel più dei casi — siavi nella sentenza sul possessorio la condanna al rifacimento dei danni derivati dalla molestia o dallo spoglio, e la liquidazione sia rimessa ad altra sede. È manifesto che tenendo in sospeso il vincitore l'iniziamento degli atti per la liquidazione, potrebbe indefinitamente protrarre uno stato di fatto forse contrario alle ragioni del diritto. In vista di ciò è determinato nel primo e nel secondo capoverso del citato articolo, che quando la esecuzione non possa compiersi per fatto dell'attore che

sia in mora a far liquidare l'importo delle condanne ottenute, il soccombente, citandolo davanti l'autorità giudiziaria competente per il giudizio petitorio, può fargli assegnare un termine, scaduto il quale potrà senz'altro essere instaurata l'azione petitoria. Anche meglio avrebbe provveduto la legge con una più semplice disposizione, statuendo che gli indugi del vincitore non ritardano mai, nel caso indicato, l'iniziamento dell'azione petitoria.

563. L'ultimo capoverso del medesimo art. 445 statuisce: « L'attore in giudizio possessorio, finchè questo è pendente, non può promuovere il giudizio petitorio, salvo che rinunzi agli atti e paghi o depositi le spese ». La *rinunzia agli atti* è il semplice abbandono *della domanda* e non anche *del diritto*. Mentre in generale (v. vol. II, n. 766) occorre alla sua efficacia l'*accettazione* della controparte, è da ritenere in questo caso speciale, secondo le espressioni del testo, che siffatto elemento non richieggasi. In verità, giusta le osservazioni precedenti, la mutata risoluzione dell'attore giova al convenuto, assumendosi il primo l'onere della prova della proprietà, laonde non ha il secondo alcun interesse ad opporvisi.

Avvertasi che l'interesse dell'attore in possessorio a promuovere l'azione petitoria dopo la sentenza in quella sede pronunziata, si verifica di certo quando egli riesca ivi soccombente, e può sussistere anche dopo la sua vittoria, la quale non gli toglie l'opportunità di far sentenziare sul diritto in modo definitivo per premunirsi contro ogni futura rinnovazione di molestie.

564. Le azioni di *nunciazione* sono quelle di *nuova opera* e di *danno temuto*. Anch'esse dirette alla tutela di uno stato di fatto, producono effetti più precari e limitati delle azioni possessorie, dalle quali differiscono in precipuo modo perchè hanno per oggetto indifferentemente la difesa della proprietà o del possesso. È noto del resto come codeste azioni in generale si ricongiungano ad un giudizio possessorio, ovvero ad uno petitorio, costituendone un preliminare od a norma dei casi un incidente; ed il loro carattere essenziale essendo conservatorio, ha una singolare affinità con quello dei sequestri. Tale è la ragione che spiega la sede data nel codice di procedura alle disposizioni processuali che le riguardano.

565. Riportiamo per amore di chiarezza i testi del codice civile pertinenti al nostro soggetto:

« Art. 698. Chi ha ragione di temere che da una nuova opera da altri impresa così sul proprio come sull'altrui suolo, sia per derivare danno ad un immobile, ad un diritto reale o ad un altro oggetto da lui posseduto, può denunziare al giudice tale nuova opera, purchè non sia terminata e non sia trascorso un anno dal suo incominciamento.

« Il giudice, presa sommaria cognizione del fatto, può vietare la continuazione della nuova opera, ovvero permetterla ordinando le opportune cautele: nel primo caso, pel risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell'opera, quando le opposizioni al suo proseguimento risultino non fondate nella definitiva decisione sul merito; e nel secondo caso, per la demolizione o riduzione dell'opera e pel risarcimento dei danni che possa soffrirne il denunziante, se questi ottenga definitiva sentenza favorevole non ostante la permessa continuazione.

« Art. 699. Chi ha ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edifizio, da un albero, o da altro oggetto, sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo ad un fondo od oggetto da lui posseduto, ha diritto di denunziare il fatto al giudice e di ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo o s'ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pei danni possibili ».

Importa di bene fissare, e la lettura di questi testi porge aiuto efficacissimo all'uopo, come il bisogno di una procedura celere ed energica sia sentito per conseguire, nei menzionati casi, un provvedimento preliminare diretto a scongiurare il pericolo od il danno, ovvero a guarentirsi contro le sue conseguenze future. La disputa sul diritto, superato questo primo stadio, non solo può essere fatta con tutto agio e coi metodi ordinari d'istruzione, ma deve seguire a stretto rigore le norme comuni della competenza, niun motivo giuridico consigliando di derogarne.

566. Ond'è che la competenza eccezionale dei pretori, decretata dall'art. 82, n. 3, non si estende al di là dell'indicato stadio di provvidenze preliminari; queste esaurite, cessa l'uffizio della giurisdizione speciale e sottentra l'applicazione

delle ordinarie regole sulla competenza, determinate dalla specie della controversia; il che non esclude, naturalmente, che il giudizio possa proseguire al cospetto del pretore, se per ragione di valore, o per indole possessoria, sia di sua competenza.

Ma alla regola dell'art. 82, n. 3, fa un'eccezione il capoverso dell'art. 938. Se penda fra le parti un giudizio che abbia *connessione* coll'oggetto della denunzia, questa si propone innanzi l'autorità investita del medesimo, colla forma di una domanda incidentale (v. in argomento la disposizione dell'art. 39 del r. d. 31 agosto 1901). Questa deroga alla competenza ordinaria del pretore non è sempre propizia alla celerità nè alla economia del provvedimento. Ad ogni modo è interessante prenderne atto, giacchè essa, in via di massima, scolpisce il carattere *incidentale* della nunciazione, rispetto al giudizio di merito cui d'ordinario precede.

567. La forma della denunzia di nuova opera o di danno temuto, quando essa sia di competenza del pretore, è per regola quella di ogni domanda: la citazione; e il provvedimento del giudice, previe le constatazioni del caso, da eseguire anche in concorso di perito, è dato in contraddittorio delle parti. È però concesso in via straordinaria di proporla mediante ricorso; su di esso il giudice provvede mediante *decreto;* qualora le circostanze lo permettano, il pretore ordina, prima di deliberare sul ricorso, la citazione dell'altra parte, anche ad ora fissa. Quando sia mestieri di effettuare un accesso, viene compilato il relativo processo verbale, che, insieme a tutti i particolari concernenti l'oggetto della controversia e le verificazioni eseguite, contiene eziandio i *provvedimenti d'urgenza* dati dal pretore sul luogo.

Così gli articoli 938 e 939. E l'art. 940 prosegue disponendo che: se il *provvedimento* del pretore è dato sovra ricorso e senza citazione dell'altra parte, il pretore stesso fissa il termine nel quale dev'essere notificata a quest'ultima la copia del ricorso e del *decreto*, colla citazione per comparire davanti l'autorità giudiziaria competente a pronunziare sulla controversia; — che se invece la controparte è stata sentita, od almeno citata, il pretore, dati i *provvedimenti temporanei* di ragione, *se non sia competente a pronunziare*

sul merito della controversia, rinvia le parti davanti l'autorità giudiziaria competente.

Sarebbero codeste regole abbastanza chiare e facilmente attuabili, se un punto non restasse grandemente incerto: quale sia la natura del *provvedimento* che il pretore emana nelle distinte ipotesi menzionate dall'art. 940. Questa disputa è delle più importanti, poichè, a seconda che essa viene risoluta, si determina se e quando il provvedimento sia appellabile. Su di che la giurisprudenza è divisa e neppure gli scrittori sono concordi.

568. La dottrina prevalente, e a nostro avviso più accettabile, perchè conforme alla logica ed al testo della legge, si fonda sovra talune indispensabili distinzioni.

Se il pretore pronuncia *senza contraddittorio,* egli, a sensi del primo alinea dell'art. 50, emette un *decreto*, provvedimento che non può mai acquistare per sè medesimo autorità di regiudicata e che in confronto del terzo non udito in giudizio, a carico del quale si eseguisce, non può rappresentare una pronunzia definitiva. In questo caso, a tenore del primo alinea dell'art. 940, il pretore prescrive alla parte che provocò il decreto di iniziare subito dopo il contraddittorio; nè si ammette distinzione fra il caso che la controversia sia di competenza del pretore stesso o del tribunale. Abbiamo adunque in questa forma di procedura un parallelo perfetto con quella stabilita pel sequestro conservativo. Il primo provvedimento urgente si dà *inaudita altera parte;* poi ne viene discussa in contraddittorio la legittimità; la discussione pone capo ad una sentenza, la quale coll'autorità sua conferma e convalida il decreto, ovvero lo revoca se ciò è di giustizia. Tale procedimento, lo ripetiamo, si svolge in identico modo se il contraddittorio posteriore al decreto appartenga alla competenza del pretore o se appartenga a quella del tribunale.

569. Quando invece il provvedimento *sia preceduto da citazione;* una nuova distinzione va posta, ed è lo stesso art. 940 nel primo capov. che indirizza a farla, sebbene non se ne trovi in esso tutto il desiderabile chiarimento. La controversia *di merito* può essere di *competenza del pretore*, pel suo valore, o perchè si tratti di questione possessoria;

può invece essere, come causa petitoria e per ragione di valore, di competenza del tribunale. Nel primo caso, la discussione avvenuta anteriormente alla emanazione del provvedimento può essersi limitata *al solo incidente della denunzia,* od avere abbracciata *tutta la controversia;* ma il pretore, decidendo sulle rispettive istanze delle parti, deve ad ogni modo proferire una *sentenza,* che a norma dell'una o dell'altra ipotesi ora accennata e della maturità ch'egli abbia riconosciuto alla istruttoria, sarà *incidentale* o *definitiva.* Ad ogni modo diciamo che deve essere una sentenza; perchè, come altrove fu dimostrato (num. 64), il pretore, sovra una *controversia* dinanzi a lui discussa e di sua competenza, non pronunzia altrimenti che mediante *sentenza,* vale a dire, con deliberazione soggetta ad appello. — E ciò ancora serve a giustificare come il capoverso primo dell'art. 940 non parli in questa ipotesi di alcun *rinvio;* pronunziando il pretore sentenza incidentale, oppure definitiva, non può avere altrimenti motivo di rinviare il contraddittorio. — Nel secondo caso supposto, invece, e cioè quando la causa pel merito sia di competenza del tribunale, la funzione del pretore è quella di proferire, *in contraddittorio,* un provvedimento intorno al quale le parti potranno discutere successivamente dinanzi al collegio. Tale provvedimento è adunque una *ordinanza* (capoverso primo dell'art. 50); in altri termini, il pretore provvede coll'autorità e la giurisdizione di un presidente o di un giudice delegato; l'urgenza giustifica la esecutorietà del provvedimento (articolo 182 del codice); ma esso è soggetto a *reclamo;* ed è al collegio che spetta di pronunziare su questo, mediante *sentenza* (a sua volta appellabile) la conferma o la revoca, sostituendo alla deliberazione interinale quella definitiva capace di acquistare l'autorità di regiudicata. Dalla ordinaria procedura incidentale a questa — salva la diversità del giudice — non v'ha che un punto di divario; nei comuni incidenti, il collegio delibera sovra i provvedimenti dati d'urgenza dal presidente, solo quando vi sia *reclamo;* qui il rinvio al collegio è sempre necessario. Ma è necessario, non già perchè *de iure* vi sia e si debba decidere un reclamo, necessità non concepibile a rigore di logica; bensì per l'altro motivo, che

dopo il provvedimento del pretore resta sempre da discutere la questione di merito, la quale appunto forma costantemente lo scopo e l'oggetto del rinvio al magistrato per essa competente. Il reclamo dall'ordinanza ne è un oggetto soltanto *eventuale;* se la parte gravata non si lamenta, ma acquetandosi all'ordine dato si limita a discutere il merito, la sentenza definitiva confermerà necessariamente l'ordinanza, o prenderà atto dell'accettazione seguitane, senza pregiudizio della questione relativa al merito.

A confermare la dimostrazione che nell'ultimo dei casi analizzati trattasi veramente d'una ordinanza e d'un procedimento incidentale, concorre con una certa efficacia il capoverso dell'art. 938, come si indicò al n. 566.

Per completare i cenni relativi all'argomento, ricordiamo le disposizioni contenute nel terzo e nell'ultimo capoverso dell'articolo 940.

Se il pretore abbia imposto l'obbligo di una cauzione a carico della parte istante perchè possa ottenere la sospensione dell'opera, od a carico dell'altra perchè la possa continuare, il suo provvedimento non deve ricevere esecuzione se non dopo prestata la cauzione dall'obbligato.

Se poi il pretore abbia prescritta la sospensione dell'opera denunziata e la parte non obbedisca, può egli stesso, sopra nuova istanza dell'interessato, ordinare la riduzione delle cose al pristino stato.

570. Accenniamo qui, più che trattarla, la nota e frequente controversia intorno alla ammissibilità di azioni possessorie o di nunciazione contro atti compiuti dalle pubbliche amministrazioni. La formola volgare con cui essa viene risoluta è quella della incompetenza dell'autorità giudiziaria a conoscere di simili azioni. E la giurisprudenza ha creduto di stabilire un sistema giuridico, col distinguere fra gli atti delle pubbliche amministrazioni compiuti *iure gestionis* e quelli compiuti *iure imperii*, per negare soltanto rispetto alla seconda categoria la proponibilità delle azioni in esame, in base alla considerazione sostanziale e fondamentale che in simili atti l'operato degli organi amministrativi sia intangibile da parte dell'autorità giudiziaria. Ma poichè la distinzione fra gli atti così detti d'impero e

di gestione non gode ormai più credito presso gli studiosi e va perdendolo anche innanzi ai magistrati, non pare questa la base sicura della teorica (nel fondo esatta) predominante nel nostro diritto pratico. Conviene anche notare che la espressione data molte volte a siffatta teorica pecca a sua volta di grande imprecisione; venne molto spesso adottata la formola della *incompetenza dell'autorità giudiziaria*. Questa è una infelice ed inopportuna reminiscenza francese. In Francia tutte le controversie sulla legittimità e legalità di atti amministrativi, come è noto, sono escluse dalla cognizione dei magistrati ordinari. Ciò stante, nessuna distinzione specifica ivi occorse per le azioni possessorie. Da noi è fino dal 1865 (legge 20 marzo, allegato *E*) che la competenza dei tribunali fu ammessa sopra tutte le controversie relative alla legittimità e legalità di atti amministrativi, in quanto possano avere leso un diritto subbiettivo, con la sola riserva che non possano essere revocati per sentenza di giudice. Ma da questa riserva non deriva ragione sufficiente di esclusione delle azioni possessorie della competenza ordinaria, giacchè il magistrato ben potrebbe riconoscere la illegale turbativa o violazione del possesso, pur astenendosi dall'ordinare la rimessione delle cose in pristino e fornendo un titolo valido sia per obbligare l'amministrazione ad uniformarsi al giudicato, giusta l'art. 4 della legge dianzi citata, sia per costringerla al risarcimento dei danni.

La verità su questo argomento è, secondo noi, che non si può parlare di incompetenza e nemmeno, in senso assoluto, d'improponibilità di azione. L'atto dell'autorità amministrativa potrebbe manomettere o turbare l'altrui possesso; e malgrado ciò potrebbe essere un atto legittimo; cioè un atto compiuto dentro la cerchia del potere discrezionale della pubblica amministrazione, dall'organo competente. Se si verifica questa ipotesi, l'atto è certamente irrevocabile e l'autorità giudiziaria deve respingere una domanda tendente alla riposizione delle cose nello stato pristino, non tanto perchè l'atto amministrativo non possa essere revocato, quanto perchè nel caso concreto il privato non ha titolo per pretenderne la revoca. Se l'atto di potere legittimo della pubblica amministrazione, per qualche vizio

di forma o di esecuzione ha leso il diritto del privato, ciò non può conferire azione se non pel risarcimento dei danni; l'esame di simile doglianza non può adunque appartenere che alla sede petitoria; e sempre rimane ferma la inammissibilità dell'azione possessoria.

Ma, viceversa, se l'atto, pur avendo carattere estrinseco di manifestazione di potere discrezionale, sia stato compiuto da organo assolutamente incompetente; e parimente, se l'atto non entra nella sfera della podestà discrezionale amministrativa, cioè fu compiuto mentre *non si poteva* o *non si doveva* compierlo le ragioni di respingere pregiudizialmente l'azione possessoria o di nunciazione con una eccezione di improponibilità, mancano assolutamente. Rimarrà soltanto la limitazione alla eseguibilità della sentenza, nei sensi e nella misura dianzi accennati; senza però che essa sia *ineseguibile,* giacchè l'obbligo generico fatto all'autorità amministrativa, nell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, allegato *E*, di uniformarsi al giudicato dei tribunali rispetto al caso deciso, trova sanzione concreta nell'art. 25, n. 6, della legge 2 giugno 1889 sul consiglio di stato.

Non si può stabilire, adunque, se non questo principio: che allorquando è riconosciuta la legittimità generica, e quindi la irrevocabilità, in massima, dell'atto amministrativo, l'azione possessoria o di nunciazione deve essere pregiudizialmente respinta; non così quando manca tale estremo. Ed è questo che, praticamente, la giurisprudenza ha stabilito nei singoli casi, malgrado la inesattezza delle formole generali in cui sono concepite le motivazioni delle sentenze, le quali ammisero a volte le azioni in discorso, perchè le ravvisarono dirette contro atti di gestione, e altre volte perchè dirette contro atti *inesistenti*, quantunque la materia entrasse nella sfera dell'*imperium*. Imperocchè quando la corte di cassazione ha parlato di *atti di gestione*, ha indicato tutti gli atti amministrativi che non entrano in una sfera di podestà discrezionale; e quando, in qualche caso, ha parlato di *inesistenza dell'atto amministrativo*, ha designato con questa frase poco precisa la figura di atti amministrativi compiuti da organi assolutamente privi di competenza.

TITOLO X.

PROCEDIMENTI DAVANTI I CONCILIATORI

CAPO I.

Procedimento contenzioso.

571. La legge sull'ordinamento giudiziario (art. 28) conferisce due specie di attribuzioni ai conciliatori: quella di decidere le liti che sono di loro competenza; quella di interporsi, se richiesti, per conciliare una qualunque controversia senza distinzione di materia o valore. Parliamo qui della loro giurisdizione contenziosa e nel seguente capo di quella conciliativa.

La materia del procedimento davanti ai conciliatori è oggi regolata dalle leggi 16 giugno 1892 e 28 luglio 1895, non che dal regolamento approvato con regio decreto del 26 dicembre 1892, e dagli articoli 448 e 464 del codice di procedura, in quanto non sono stati modificati dalle citate più recenti disposizioni.

Le norme procedurali sono in parte comuni a tutti i giudizi, in parte invece diverse, secondo che si tratta di cause di valore inferiore o superiore a cinquanta lire.

572. Sono norme comuni quelle relative al procedimento, che è sommario, cioè a udienza fissa, e alla citazione che è per biglietto. Per il principio stabilito nel codice di procedura (art. 448) « davanti i conciliatori i giudizi « sono spediti senza formalità; le domande e le difese sono « esposte verbalmente ». E in coerenza a tale principio, lo stesso codice (art. 455) dispone: « non si fa alcun atto o « processo verbale dell'istruzione, eccettuati i casi indicati

« negli articoli precedenti (1) e quello in cui sia impugnato « come falso un documento ». Questa estrema semplicità di forme, o per meglio dire questa assoluta applicazione del sistema della oralità traeva la sua ragione dalla circostanza che il conciliatore, nell'esercizio dell'antica ristrettissima sua competenza (v. n. 145) pronunziava *ex bono et aequo,* senza obbligo di motivare in diritto le sentenze e senza controllo di riesame in appello sul merito delle sue decisioni; laonde sarebbe riuscito superfluo il conservare memoria della istruzione in atti giudiziali di complicata e forse costosa redazione. Ma accresciuta ed estesa la competenza, e stabilita l'appellabilità delle sentenze pronunziate nelle controversie di valore superiore a lire cinquanta, era pur necessario provvedere al modo che il magistrato d'appello potesse acquistare esatta conoscenza dello svolgimento della lite e non solo della sentenza del conciliatore. Così si spiega la innovazione portata con la legge del 1892 (art. 18), la quale stabilì: « Nelle cause di valore superiore « alle lire cinquanta sarà sempre redatto il processo verbale « dell'istruzione. — Gli originali e le copie delle sentenze, i « verbali d'udienza, i decreti e tutti gli atti di qualsiasi « natura, sono scritti su carta da una lira. — Resta però « ferma la citazione per biglietto, giusta l'articolo 133 del « codice di procedura civile. — Per le cause di valore infe- « riore alle lire cinquanta, nulla è innovato all'art. 455 del « codice suddetto » (2). In altre parole, il giudizio si svolge oralmente, ma la oralità non impedisce che rimangano traccie complete e fedeli della trattazione contenziosa nei processi verbali; e questi, a giudizio ultimato, costituiscono il processo scritto, sulla scorta del quale viene agevolato

(1) Il testo qui allude all'art. 452 in cui è prescritta la redazione del processo verbale di prestazione del giuramento ed all'art. 454 in cui è disposta la pronunzia di ordinanza per l'esecuzione di una perizia o di un accesso, o per prescrivere un supplemento di prova testimoniale.

(2) Per conseguenza fu anche reso necessario provvedere per la concessione del gratuito patrocinio nelle liti di competenza dei conciliatori, nei casi di povertà; a ciò diede assetto l'art. 19 della legge del 1892, estendendo a questa materia le norme vigenti per i giudizi pretoriali.

e meglio garantito il riesame della controversia in appello. Ne consegue, sebbene la legge espressamente non lo dica, che sia obbligato il conciliatore, nelle cause di valore superiore a cinquanta lire, a giudicare secondo il diritto e a motivare la sentenza.

573. All'udienza indetta nella citazione, od a quella in cui le parti volontariamente compariscano, l'attore presenta i documenti che giustificano la sua domanda; il convenuto può chiedere rinvio per rispondere o per presentare documenti (art. 450). Se egli voglia porre in causa un garante, deve citarlo a comparire alla prima udienza, o può ottenere un rinvio per citarlo. Altrimenti l'azione di garantìa resta separata dalla principale (articolo 449).

I documenti presentati sono esaminati subito dal conciliatore il quale ascolta le osservazioni e le difese delle parti; egli ha sempre l'obbligo di procurare la conciliazione del litigio; se riesce, ne fa redigere opportuno atto (vedi n. 582); se non riesce, ne viene fatta menzione nel processo verbale d'udienza, quando la causa oltrepassa il valore di cinquanta lire; o altrimenti, nella sentenza (articolo 9 della legge 16 giugno 1892).

Le parti devono comparire personalmente o a mezzo di procuratore speciale (1); il rappresentante deve essere espressamente autorizzato *a transigere e conciliare* (art. 13 del regolamento 26 dicembre 1892 e art. 1 della legge 28 luglio 1895 (2);

---

(1) Per l'art. 11 della legge 7 luglio 1901 non è posto nessun limite al patrocinio davanti ai conciliatori, solo riducendosi alla metà gli onorari dei patrocinatori quando non siano laureati in legge, procuratori, notai, od abilitati alla difesa innanzi le preture. In verità, data l'importanza pecuniaria dei giudizi innanzi i conciliatori era desiderabile che non fosse lasciata libertà di abusi a individui ignoranti e dediti a losca speculazione sulla imperizia dei litiganti; imperizia che è tanto più frequente nelle classi di persone che sogliono portare o sostenere liti in quella sede giudiziaria e offrono quindi più facile preda agli intrighi dei faccendieri. Il pericolo è massimo in alcune città più popolose, in cui il faccendierismo esiliato dalle preture prende la sua rivincita negli uffici dei conciliatori. Lodevole l'esempio dei liberi patrocinatori di Milano, organizzatisi in collegio, con savie norme, che garantiscono la serietà della classe e gli interessi dei litiganti.

(2) Vedasi in proposito alla necessità di tale clausola la nota al n. 51, pag. 51.

però il conciliatore può sempre ordinare la comparizione personale delle parti, se reputi che ciò giovi sia all'esperimento della conciliazione, sia ad ottenere schiarimenti sui fatti controversi. Quando le parti sono presenti in persona, gli interrogatorii ed i giuramenti riconosciuti ammessibili si esauriscono immediatamente; del giuramento prestato si redige in ogni caso (come fu avvertito dianzi) apposito processo verbale. Se occorra di esaminare testimoni, il conciliatore determina il giorno dell'esame, che può ricevere poi una breve dilazione qualora le circostanze la giustifichino. Dopo il primo esame è conceduto di sentire altri testimoni; inoltre è permesso di far uso della prova per perito, e di eseguire qualunque verificazione sulle cose in controversia. Venendo ricusato un perito per *motivi di sospetto*, che il conciliatore riconosca fondati, ne sarà nominato un altro (articoli 451, 452, 453, 454).

Se un documento è impugnato come falso si compila il relativo processo verbale e si provvede come già fu detto per l'ipotesi analoga rispetto ai giudizi di competenza dei pretori (art. 455); e del resto, dalle disposizioni stabilite per tali giudizi *prende norma*, in quanto siano applicabili, il procedimento ora in esame (art. 464).

574. La sentenza definitiva contiene la indicazione dei nomi e cognomi delle parti, delle loro residenze o dei loro domicilii, delle rispettive domande ed eccezioni; ed espone altresì le *circostanze influenti* (1), oltre il dispositivo (articolo 460); nel di più si applicano a titolo di analogia le poche regole date intorno alla compilazione della sentenza del pretore. Per la liquidazione degli onorari è provveduto nel titolo I della tabella unita alla legge 7 luglio 1901. Il cancelliere del conciliatore (che è un segretario comunale, secondo l'art. 32 della legge sull'ordinamento giudiziario e

(1) Questa frase testuale, ma sibillina alquanto, della legge, deve essere intesa con riguardo all'anteriore ordinamento della competenza dei conciliatori ed alla regola generale della inappellabilità delle loro sentenze, di cui fu fatto cenno dianzi (num. 572). Non sarebbe stato inopportuno, nella riforma del 1892, includere anche una disposizione relativa alla redazione delle sentenze, che meglio adattasse questo importante argomento al nuovo sistema dei giudizi.

l'art. 3 della legge 28 luglio 1895), ne spedisce le copie a richiesta delle parti (art. 461). Poco opportunamente (forse per dimenticanza) non fu adottata la regola, stabilita per i giudizi dinanzi ai pretori (v. n. 555), che la sentenza pubblicata alla presenza personale delle parti si ha per notificata. Si deve anzi ritenere che per le sentenze del conciliatore non si faccia luogo alla formalità della pubblicazione; il che, se sostanzialmente importa poco, costituisce peraltro una disarmonia nel sistema generale della legge, rispetto alla forma del giudizio avanti giudici singoli.

La sentenza incomincia a produrre effetti giuridici, fra le parti, dal momento della notificazione. Per le sentenze inappellabili, — sopra domande, cioè, di valore non superiore a cinquanta lire, — la forza esecutiva non opera *immediatamente dopo* la notificazione, avendo voluto forse il legislatore, con un riguardo determinato dal poco valore pecuniario della procedura, agevolare le esecuzioni volontarie. Risulta pertanto dalle disposizioni degli articoli 462 del codice di procedura e 16 della legge del 1892, che se si tratta di sentenza proferita in contraddittorio, o di sentenza contumaciale non soggetta ad opposizione (v. vol. II, n. 633), la sentenza acquista forza esecutiva due giorni dopo la notificazione. Se si tratta poi di sentenza contumaciale soggetta ad opposizione, diventa esecutiva dopo spirato il termine per la medesima dalla legge assegnato (vedi vol. II, n. 636). Se poi si tratta di sentenza appellabile — sopra domanda di valore superiore a cinquanta lire — essa è sottoposta alla regola comune della sospensione dell'esecutorietà durante tutto il termine per appellare e durante il giudizio d'appello (art. 482 del codice). Possono tali sentenze essere dal conciliatore dichiarate provvisoriamente eseguibili (art. 17, capov. ult., della legge del 1892) e quindi avere esecuzione immediata dopo la notificazione; nè sembra a tal uopo sia necessaria una specifica domanda di parte o la presenza di qualcuno degli estremi preveduti nell'art. 363 del codice di procedura, niun cenno essendone fatto nella legge. Però il pretore, in caso di appello, sopra semplice reclamo dell'appellante può con suo decreto sospendere la esecuzione (citato capoverso dell'art. 17).

In genere poi, l'esecuzione forzata della sentenza viene sospesa se una persona solvente si obbliga di pagare fra sei giorni la somma dovuta e le spese. La dichiarazione del mallevadore è ricevuta dal cancelliere e vale contro l'obbligato come titolo esecutivo, anche senza bisogno di notificazione, appena trascorso l'indicato termine, il quale è improrogabile (art. 463 del codice).

575. Abbiamo detto più volte che le sentenze proferite su domande di valore non superiore a cinquanta lire sono inappellabili. È evidente che l'applicazione di questa regola può dar luogo ad una difficoltà; imperocchè il conciliatore dichiarando compresa nel valore di cinquanta lire una qualunque domanda, potrebbe sottrarre alla garanzia dell'appello controversie che la legge volle a questa soggette. Per evitare simile inconveniente, già il codice aveva stabilito che le parti potessero sempre appellare dalla sentenza del conciliatore adducendo il vizio dell'incompetenza per materia o valore (art. 459); a meno che intorno alla competenza fosse stato sollevato nel corso del giudizio lo speciale incidente preveduto e regolato con le disposizioni degli articoli 456, 457 e 458 del codice stesso, pel quale incidente provocavasi una pronunzia interlocutoria del pretore sulla questione e quindi eliminavasi la proponibilità di un successivo ricorso in appello (1).

(1) Riferiamo testualmente gli articoli rammentati, per far meglio intendere l'osservazione che segue nel testo:

« Art. 456. L'azione (*rectius* eccezione) d'incompetenza proposta da « una delle parti non sospende il corso del giudizio, se il conciliatore « non la creda fondata. In questo caso il conciliatore deve spiegare i « motivi del suo avviso con semplice atto, e trasmetterne copie al pretore « del mandamento il quale pronunzia sull'incidente. — La sentenza « definitiva del conciliatore non può eseguirsi fin che il pretore non « abbia pronunziato sull'incidente. Quando il pretore dichiari l'incom- « petenza il giudizio davanti il conciliatore si ha come non avvenuto.

« Art. 457. Le parti possono far pervenire al pretore le loro memorie « e i documenti. — La sentenza del pretore è spedita d'uffizio per copia « al conciliatore.

« Art. 458. Quando il conciliatore creda fondata l'eccezione d'incom- « petenza proposta dalla parte o senza eccezione di parte si reputi « incompetente, per materia o valore, esprime con semplice atto i motivi « del suo avviso e ne trasmette copia a norma dell'art. 456. — Il corso « del giudizio resta sospeso fin che il pretore non abbia pronunziato « sull'incidente ».

Questa procedura speciale è tuttavia in vigore dopo la riforma del 1892?

Non lo crediamo.

L'art. 20 della legge di riforma dispone: « sono abrogate tutte le disposizioni contrarie alla presente legge ». La contrarietà, trattandosi della sostituzione di un nuovo ordinamento del giudizio di conciliazione e delle relative norme di competenza, non può essere intesa soltanto nel senso d'una incompatibilità materiale e formale, ma abbraccia necessariamente la repugnanza logica fra disposizioni antiche e un sistema nuovo; in quanto, cioè, tali disposizioni, suggerite dall'indole essenziale del sistema abolito, non hanno più opportunità o ragione sufficiente di fronte al nuovo.

Ora, l'incidente per incompetenza del conciliatore, organizzato negli articoli testè riferiti, trovava opportunità e ragione nel sistema che faceva tutte le sentenze di quel giudice inappellabili. Discutere della competenza era discutere dell'appellabilità. E l'incidente aveva il pregio di semplificare, accelerare, rendere più economica siffatta discussione. Ma oggi, evidentemente, non è così. Per tutte le liti di valore superiore a lire cinquanta, quegli antichi pregi si muterebbero in danni, poichè l'applicazione della procedura in discorso moltiplicherebbe inutilmente gli atti, e, quel che più importa, le spese del giudizio; non si otterrebbe economia di tempo, ma spreco; vera economia invece ottenendosi col congiungere in appello la disputa sul merito a quella sulla competenza.

Nè si potrebbero distinguere le cause di valore superiore da quelle di valore inferiore a lire cinquanta, per ritenere praticabile la procedura incidentale nelle seconde e non nelle prime. La legge non fa simile distinzione; e d'altronde essa è combattuta dalle considerazioni che esponiamo appresso (n. 576). Riteniamo adunque che in seguito alla legge del 1892 le disposizioni sopra riferite debbansi considerare completamente abrogate. E siamo lieti che a questa opinione, per la prima volta esposta e sostenuta nelle edizioni precedenti (posteriori alla legge del 1892), aderisca ora la recente giurisprudenza.

576. In conseguenza non è a dubitare che anche contro le sentenze di valore inferiore a lire cinquanta può proporsi l'appello, ma pel solo capo della incompetenza assoluta (per materia o valore). E poichè la procedura di siffatto appello è regolata dall'art. 459, che la legge del 1892 ebbe a richiamare espressamente a proposito delle sentenze inappellabili nel merito, colla disposizione dell'art. 16 già rammentata (n. 574), converrà che qui riassumiamo le relative disposizioni.

La parte che vuole appellare ne fa dichiarazione al cancelliere del conciliatore nel termine perentorio di tre giorni dalla notificazione della sentenza; — la dichiarazione è rilasciata dal cancelliere in copia autentica, che nel termine pure perentorio di altri tre giorni successivi dev'essere notificata all'altra parte per cura dell'appellante. L'inosservanza di codesti termini farebbe decadere dall'appello. Il cancelliere del conciliatore trasmette poi al pretore copia della dichiarazione d'appello e della sentenza; le parti possono fargli pervenire memorie e documenti; la sentenza del pretore, proferita alla guisa accennata nel precedente numero, viene rimessa d'uffizio al conciliatore in copia; e se dichiari l'incompetenza, il giudizio di merito si ha come non avvenuto (articolo 459).

Non si può negare che tutto ciò sia estremamente confuso e male raffazzonato. Se il legislatore del 1892 avesse esaminato con un po' di attenzione l'argomento, sarebbesi presto accorto della inopportunità di richiamare nudamente e semplicemente l'art. 459, nel già menzionato fugacissimo accenno dell'art. 16 della legge di riforma. Per vero, che cosa significa, allo stato attuale della legislazione sui conciliatori, opporre l'eccezione di incompetenza per valore nella lite alla quale la domanda dell'attore attribuisce un valore non superiore a cinquanta lire? forse varrà per affermare che il valore di essa realmente eccede la competenza del conciliatore, vale a dire è superiore a lire cento? Ma una simile eccezione si può e si deve opporre, quando sia il caso, anche se l'attore attribuisca alla domanda un valore superiore a cinquanta lire, laonde non è ipotesi da contemplare in modo particolare per le domande che diconsi da questo valore

non eccedenti. Da altra parte, è facile intendere che il legislatore del 1892 non ebbe in mira di dare nell'art. 16 una garanzia contro l'incompetenza del conciliatore, ma bensì contro l'esorbitanza del privilegio d'inappellabilità dal limite assegnatogli. Insomma, mentre dinanzi agli altri magistrati la disputa sul valore della domanda non può avere che uno scopo, l'accertamento della competenza, davanti al conciliatore essa ha un secondo scopo, l'accertamento dell'inappellabilità della decisione. Quindi la disputa sulla inappellabilità non è sempre una disputa anche sulla competenza. E si può dubitare se il conseguimento di questo secondo scopo sia abbastanza garantito, mentre il nudo richiamo dell'art. 459 del codice nell'art. 16 della nuova legge porterebbe a questa pratica conseguenza: che in una causa a cui il conciliatore abbia a torto attribuito valore non superiore a cinquanta lire fosse ammissibile l'appello per sostenere che egli era incompetente, cioè, che il valore della domanda supera cento lire; e non fosse invece ammissibile pel merito quando pur si possa dimostrare che realmente il valore è superiore a cinquanta e inferiore a cento lire. Malgrado l'equivoco così creato dalla poca esattezza di linguaggio della nuova legge, è però da riputare che l'appello sia proponibile anche in questa seconda ipotesi: ma non pel titolo della incompetenza, bensì sul merito, e con le forme stabilite a tale proposito nell'art. 17 della legge del 1892, modificato dall'art. 2 della legge del 1895, di cui veniamo ora a parlare.

Vero è che l'applicazione degli articoli 456 a 458 potrebbe intendersi ristretta oggidì alla sola questione della incompetenza *per materia;* e così l'appello dell'art. 459 ritenersi ammesso nel solo caso in cui si reclamasse *per questo titolo di incompetenza* da una decisione proferita infra il valore di lire cinquanta. Ma la distinzione appare arbitraria non essendo scritta nella legge; e quando pure la si accettasse come espediente per eliminare l'assurdità di una spiegazione letterale dei testi, non purgherebbe il complesso del sistema processuale dalla censura di complicazione e di disarmonia che esso merita evidentemente.

577. L'art. 17 della legge del 1892 contiene, nel primo e nel secondo alinea, le seguenti disposizioni:

« Le sentenze dei conciliatori, relative a controversie che « eccedano le lire cinquanta, sono appellabili innanzi al « pretore del mandamento nel termine di dieci giorni dalla « loro notificazione. — L'appello sarà proposto con le forme « indicate nei capoversi 1, 2, 3 e 4 del detto art. 449 ».

In pratica quest'ultima disposizione si rivelò molto difettosa, giacchè le forme speciali qui adottate per l'appello (v. n. precedente) riescivano più complesse, costose e difficili a osservare esattamente, di quelle ordinarie, per le quali un semplice atto di citazione è sufficiente. S'aggiunsero alcune difficoltà d'interpretazione a proposito del termine assegnato dalla nuova legge. Parve quindi buon consiglio modificare il sistema; e nella legge del 28 luglio 1895, con l'art. 2, fu stabilito che « nelle controversie d'un valore « superiore a lire cinquanta l'appello dalle sentenze dei « conciliatori è proposto con citazione per biglietto fra dieci « giorni dalla notificazione della sentenza ». Per tal guisa la procedura nei giudizi d'appello fu interamente uniformata a quella ordinaria. Non v'è quindi bisogno di dichiarazione nella cancelleria del conciliatore; ma d'altra parte rimane pure escluso l'obbligo nel cancelliere di trasmettere la sentenza appellata al pretore, sorgendo invece la necessità, per la parte appellante, di procurarne essa medesima la copia e di presentarla nel giudizio di secondo grado, insieme agli atti e documenti necessari in giustificazione del suo gravame, come vedremo a suo tempo essere regola comune ad ogni caso di appellazione in altre sedi.

Tale miglioramento arrecato all'art. 17 della legge del 1892 rende maggiormente sensibile il difetto rimasto nella disposizione dell'art. 16, che si riporta all'art. 459 del codice. Il dualismo delle forme dell'appellazione, divenute ancora più spiccatamente diverse l'una dall'altra, costituisce certamente una delle imperfezioni, non la sola, dell'attuale ordinamento dei giudizi davanti ai conciliatori; e nella eventualità, da molti invocata, di una revisione di questo ordinamento, dovrà fermarsi anche su di essa l'attenzione dei legislatori.

CAPO II.

Conciliazione.

578. Dalla legislazione napoletana fu attinta l'idea di questo istituto, il quale teoricamente meritò un certo plauso, ma in pratica non diede notevoli vantaggi (1).

Il conciliatore deve adoprarsi per comporre qualunque sorta di controversie fra le persone che ricorrono all'esercizio di questo suo famigliare ministero. Ma è necessario che la di lui interposizione sia *domandata*, giacchè non saprebbe rispondere al decoro della giustizia ed alla autorevolezza del giudice una intromissione volontaria, per quanto officiosa, nelle questioni private; salvo il caso di lite promossa, nel quale è opportuna la interposizione conciliatrice del magistrato chiamato a sentenziare su di essa (v. n. 573). Nè basta che la funzione conciliatrice sia richiesta da una parte: conviene che l'altra accetti, giacchè ogni imposizione o coazione stonerebbe col concetto dell'istituto in esame. Vuolsi inoltre che vi sia fra le parti una *vera controversia giudiziaria*, già pendente od almeno in via ragionevole preveduta; chè il giudice non s'ha da interporre in discussioni le quali vertano, per esempio, sui termini e i patti di un contratto che si sta dibattendo fra due cittadini; uffizio questo di mediatore e non di magistrato. Tali le nozioni e osservazioni che desumonsi dall'articolo 1 del codice di procedura. Volendo da tali elementi desumere il carattere giuridico della avvertita funzione, sembra evidente la necessità di collocarla in una zona estrema, vorremmo dire di confine, del campo giurisdizionale. Imperocchè, se da un lato, mancano della funzione giurisdizionale piena e perfetta, alcuni elementi principali, come la statuizione per

(1) Sebbene nel codice di procedura il tema della *conciliazione* sia posto come preliminare a tutte le regole del procedimento contenzioso (art. 1 a 7) ci sembrò opportuno trattarne a questo punto, per renderne più semplice e chiara la esposizione.

via di autorità intorno al diritto obbiettivo, cioè alla norma giuridica di cui sia accusata la violazione, da altro canto, però, anche l'esercizio della funzione conciliatrice serve a garantire l'ordinamento giuridico mercè la integrale conservazione del diritto obbiettivo e la conseguente tutela dei diritti subbiettivi. Infatti, nel campo dei diritti patrimoniali, che è il solo nel quale essa operi, il diritto obbiettivo può considerarsi violato, e può aversi quindi lesione del diritto subbiettivo, solo quando siavi conflitto di opinioni e di volontà individuali in ordine a un determinato rapporto giuridico. La eliminazione coatta di tale conflitto è effetto dello spiegamento ordinario della piena podestà giurisdizionale; la sua eliminazione amichevole è l'effetto di questa funzione conciliatrice, in cui l'autorità del magistrato, se non *si sovrappone* alle volontà delle parti, esercita però su di esse una sicura e decisiva influenza, per piegarle ad un equo e ragionevole accordo.

579. La *conciliazione* non è poi sempre per necessità una *transazione;* essa può compiersi anche col pieno riconoscimento degli altrui diritti o colla piena rinuncia ai nostri. Ad ogni modo costituisce *sempre* una convenzione e *più spesso* una transazione; onde a semplificazione ed a cautela generale si stimò opportuno di limitare la materia delle conciliazioni agli oggetti sui quali è permesso di transigere (art. 1774, 1775 e 1776 cod. civ.); inoltre, a simiglianza di quanto per la transazione è prescritto nell'art. 316 e per le stesse ragioni, è sottoposta la conciliazione delle controversie civili di falso alla omologazione del tribunale, sentito il pubblico ministero. Di più, ancora in considerazione della natura dell'atto, prossima a quella della transazione, si esige che le parti abbiano la *capacità di disporre* degli oggetti su cui cade la controversia e che la conciliazione stipulata da un tutore od altro amministratore, o da chi non possa liberamente disporre degli oggetti su cui cade la controversia, debba venir preceduta e seguìta dalle medesime autorizzazioni ed approvazioni che in simili evenienze la legge civile richiede per la efficacia della transazione. Tutte queste regole stanno compendiate nell'art. 2 del codice di procedura.

580. Le parti possono tutte presentarsi volontariamente a un conciliatore qualunque per interporlo in una loro controversia. Se una parte, prima d'istituire giudizio od in pendenza del medesimo vuol prendere l'iniziativa della conciliazione, può *far chiamare* l'altra innanzi al conciliatore; in questo caso la farà chiamare dinanzi a quello del comune dove tiene residenza, domicilio o dimora, o dove l'ha uno dei chiamati, se siano più, o dove trovasi la cosa controversa (articolo 3).

581. La chiamata si effettua mediante semplice avviso, scritto dal cancelliere del conciliatore e notificato in copia a cura del messo comunale, il quale riferisce verbalmente al cancelliere la notificazione eseguita, che questi registra sull'originale. Nell'avviso devonsi indicare l'oggetto della chiamata e il giorno della comparizione. Notisi che non è necessario che questa segua in udienza pubblica nè in giorno all'uopo destinato (art. 4).

Se una delle parti non comparisce, manca la condizione necessaria per tentare la conciliazione; è inutile la rinnovazione della chiamata; la legge prescrive quindi che non possa altrimenti ripigliarsi l'esperimento conciliativo se non per la presentazione volontaria di tutte le parti (art. 5). In ogni caso le parti che non vogliano comparire in persona possono farsi rappresentare da procuratore munito di mandato speciale ed autentico (art. citato).

582. Non riuscendo la conciliazione, il cancelliere ne prende semplice ricordo in apposito registro. Quando l'opera del conciliatore sia coronata di buon esito si forma processo verbale, contenente in chiari termini la convenzione, ossia quanto fra le parti si è concordato. Lo sottoscrivono esse insieme al giudice ed al cancelliere. Se una parte *non può* sottoscrivere se ne fa menzione e ciò non nuoce alla validità della conciliazione; se *non vuole*, questo rifiuto spoglia di serietà e priva di controllo sicuro il consenso, laonde la conciliazione si ha per non avvenuta (articolo 6).

Il processo verbale della seguìta conciliazione, se l'oggetto ha un valore non eccedente lire cento, tiene le veci della decisione che il giudice avrebbe avuta podestà di pronunciare sulla controversia; quindi deve avere l'efficacia

esecutoria di una sentenza; e la legge gliela riconosce (articolo 7 del codice e art. 12 della legge del 1892). Se trattisi d'oggetto di valore superiore a lire cento, il processo verbale non ha altra forza se non quella di un autorevole documento probatorio; la legge non lo equipara ad un documento autentico, ma bensì ad una scrittura privata riconosciuta in giudizio (articoli citati del codice e della legge del 1892). Questa disposizione non ci sembra del tutto plausibile, ed è piuttosto destinata a diminuire l'uso delle conciliazioni, giacchè le parti non ne ritraggono il vantaggio di potersi poi servire del documento come di titolo esecutivo, e sono sottoposte alla necessità di un giudizio di dichiarazione nel caso che l'avversario venga meno ai patti stipulati.

583. L'avviso o chiamata per l'esperimento di conciliazione non è un atto di citazione in giudizio e non può quindi ottenerne gli effetti integrali: tuttavia, giusta l'articolo 2125, capov., del cod. civ., vale ad interrompere la prescrizione, sempre che la domanda giudiziale (citazione) sia fatta nel corso di due mesi dalla non comparsa davanti il conciliatore o dalla non seguìta conciliazione. La legge ha voluto favorire l'istituto della conciliazione e di questa guisa lo ha fatto sufficientemente, poichè non potevasi attribuire alla chiamata l'effetto assoluto di un atto di costituzione in mora; essa non esprime nè la piena sicurezza di un diritto, nè il fermo proposito di costringere l'avversario all'adempimento della obbligazione. Se la chiamata in conciliazione viene fatta per oggetto relativamente al quale non è permesso di conciliarsi, non ha virtù interruttiva; ciò si arguisce dalla disposizione dell'art. 2128 secondo la quale un atto nullo manca di effetto sul decorso della prescrizione; e nel caso presente la nullità deriverebbe dal mancare nell'atto uno degli elementi che ne costituiscono la essenza (art. 56 cod. di proc.), quale è appunto un titolo lecito e valido per la domanda di conciliazione.

INDICE DEL PRIMO VOLUME

Prefazione alla quinta edizione . . . . . *Pag.* VII

LIBRO PRIMO

Principii generali e competenza.

TITOLO I.

Principii generali . . . . . *Pag.* 1
CAPO I. La giustizia civile (1-5) . . . . . » »
» II. Notizie intorno al codice di procedura civ. (6-11) » 5
» III. Azioni ed eccezioni. — I fattori del giudizio civile e la giurisdizione (12-37) . . . . . » 11
» IV. Interesse e capacità di agire (38-50) . . . » 37
» V. Degli atti e provvedimenti giudiziari in generale (51-68) . . . . . » 50
» VI. Garanzie degli atti di procedura. — Forme e termini (69-86) . . . . . » 65

TITOLO II.

Della competenza . . . . . *Pag.* 81
CAPO I. Nozioni preliminari (87-94) . . . . . » »
» II. Competenza assoluta e relativa. — Regole generali (95-109) . . . . . » 90
» III. Competenza per valore (110-141) . . . . . » 101
» IV. Competenza per materia (142-164) . . . . » 132
» V. Competenza per territorio (165-182) . . . . » 156
» VI. Litispendenza, connessione o continenza di lite (183-201) . . . . . » 172
» VII. Competenza delle autorità giudiziarie italiane sopra gli stranieri (202-208) . . . . . » 191
» VIII. Regolamento di competenza. — Conflitti di giurisdizione e conflitti di attribuzioni . . . . » 199

Sezione I. Regolamento di competenza e conflitti di giurisdizione (209-218) . . . . . *Pag.* 199
» II. Conflitti di attribuzioni (219-227) . . . . » 208

LIBRO SECONDO

Procedimento di dichiarazione.

Premessa (228-229) . . . . . *Pag.* 222

Titolo I.

La citazione . . . . . *Pag.* 225
Capo I. Forme ed effetti della citazione (230-257) . . . » »
» II. Termini per comparire (258-269) . . . . . » 248

Titolo II.

Procedimento davanti i tribunali nelle cause civili . . . *Pag.* 259
Capo I. Notizie generali e storiche (270-275) . . . . » »
» II. Del procedimento ordinario . . . . . » 268
Sezione I. Della comparizione in giudizio (276-278) . » »
» II. Dell'udienza . . . . . » 271
§ 1. Nozioni preliminari (279-285) . . . . . » »
§ 2. L'udienza del presidente (286-300) . . . . . » 277
§ 3. L'udienza del tribunale (301-313) . . . . . » 291
Capo III. Della continuazione col procedimento formale . » 307
Sezione I. Provvedim. di mutazione del rito (314-318) . » »
» II. Svolgimento del rito formale 319-331) . . » 311
Capo IV. Degli incidenti e della istruzione del giudizio . » 323
Sezione I. Degli incidenti in generale (332-345) . . » »
» II. Incompetenza e nullità di atti (346-354) . » 335
» III. Chiamata in garantia ed intervento in causa » 341
§ 1. Generalità (355) . . . . . » »
§ 2. Chiamata in garantia (356-364) . . . . . » 342
§ 3. Intervento in causa (365-372) . . . . . » 348
Sezione IV. Prove orali . . . . . » 352
§ 1. Regole comuni alle varie specie di prove (373-387) » »
§ 2. Interrogatorio (388-393) . . . . . » 364
§ 3. Giuramento (394-401) . . . . . » 369
§ 4. Prova testimoniale . . . . . » 375
Art. I. Forma ordinaria (402-419) . . . . . » »
» II. Esame a futura memoria (420-424) . . » 391
§ 5. Perizia (425-438) . . . . . » 394
§ 6. Accesso giudiziale (439-442) . . . . . » 404

Sezione V. Controversie sul valore giuridico formale di prove precostituite . . . . . *Pag.* 406
§ 1. Verificazione delle scritture private (443-454) . » »
§ 2. Querela di falso (455-474) . . . . . » 415
§ 3. Rendimento di conti (475-480) . . . . . » 431

TITOLO III.

Procedim. davanti i tribunali nelle cause commerciali (481-486) *Pag.* 435

TITOLO IV.

Formazione e notificazione delle sentenze dei tribunali (487-502) *Pag.* 440

TITOLO V.

Spese giudiziali (503-512) . . . . . *Pag.* 454

TITOLO VI.

Contumacia (513-526) . . . . . *Pag.* 466

TITOLO VII.

Provvedimenti di custodia e conservazione (sequestri) (527-542) *Pag.* 481

TITOLO VIII.

Procedimento ordinario davanti i pretori (543-557) . . . . *Pag.* 491

TITOLO IX.

Azioni possessorie e di nunciazione (558-570) . . . . . *Pag.* 500

TITOLO X.

Procedimenti davanti i conciliatori . . . . . *Pag.* 514
CAPO I. Procedimento contenzioso (571-577) . . . . . » »
» II. Conciliazione (578-583). . . . . » 524

Lire 6